

DE L'INFLUENCE DE LA PHILOSOPHIE SUR LE DROIT ROMAIN ET LA JURISPRUDENCE DE L'ÉPOQUE CLASSIQUE

(ESSAI DE SYNTHÈSE HISTORIQUE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée

PAR

Maurice-Philibert GUIBAL

LICENCIÉ ÈS LETTRES

Président : M. L. GUENOUN, Professeur

Assesseurs { *MM. TISSET, Professeur agrégé,*
VILLENEUVE, Professeur.

LIBRAIRIE

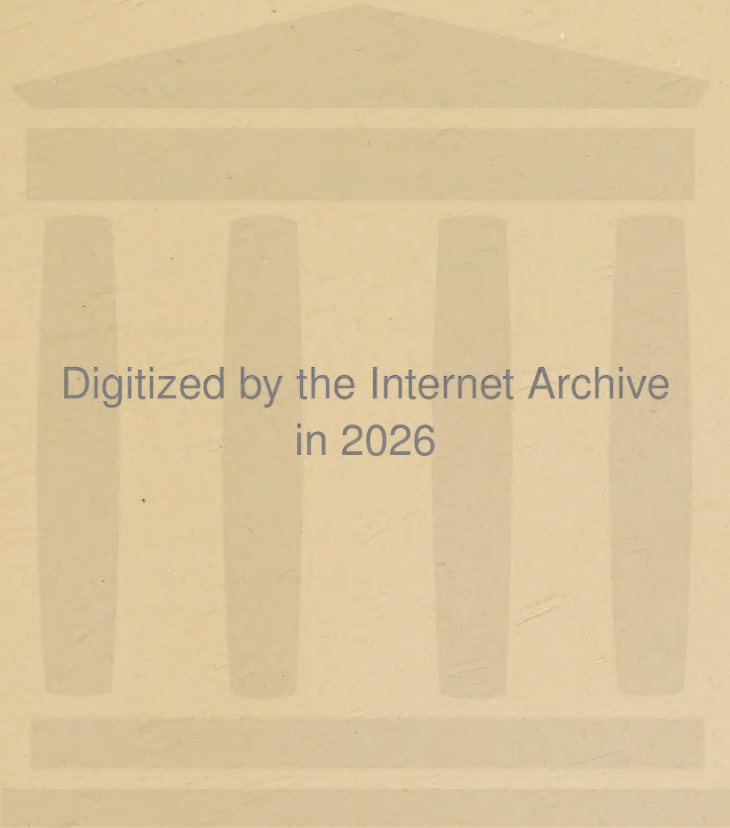
DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

1937



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**De l'influence de la Philosophie
sur le Droit Romain
et la Jurisprudence
de l'époque classique**

UNIVERSITE DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. MOYE, Doyen honoraire, professeur de Droit international public.

MORIN, Doyen, professeur de Droit civil.

BECQUÉ, professeur de Droit civil.

DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit administratif.

BOSC, professeur de Procédure civile.

VIALLETON, professeur de Droit civil.

GUENOUN, professeur de Droit romain.

COURTIN, professeur d'Économie politique.

LÉGAL, professeur de Droit criminel.

DEMONTÈS, professeur de Droit commercial.

ANTONELLI, professeur d'Économie politique.

DELBEZ, professeur de Droit constitutionnel.

TISET, agrégé d'Histoire du droit.

DIJOL, chargé de cours de Droit civil.

VALÉRY, Doyen honoraire.

DONAT, secrétaire.

DUBOIS, secrétaire honoraire.

MEMBRES DU JURY

Président : M. L. GUENOUN, *professeur*

Assesseurs { MM. TISSET, *professeur agrégé*
 VILLENEUVE, *professeur*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DE L'INFLUENCE DE LA PHILOSOPHIE SUR LE DROIT ROMAIN ET LA JURISPRUDENCE DE L'ÉPOQUE CLASSIQUE

(ESSAI DE SYNTHÈSE HISTORIQUE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée

PAR

Maurice-Philibert GUIBAL

LICENCIÉ ÈS LETTRES

Président : M. L. GUENOUN, Professeur

Assesseurs { *MM. TISSET, Professeur agrégé,*
VILLENEUVE, Professeur.

LIBRAIRIE
DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

—
1937



A LA MEMOIRE DE MES PARENTS

A MA TANTE

*En témoignage d'affection
et de reconnaissance.*

A TOUS LES MIENS

AVANT-PROPOS

Nous avons voulu faire de cette étude un « Essai de synthèse » de l'histoire de la science juridique depuis la fin du VI^e siècle de Rome jusque vers la fin du III^e siècle de l'ère chrétienne. Il importe de souligner dès l'abord cette intention. Au cours de nos lectures, nous avons trouvé en effet bien souvent des remarques sur les rapports entre la pensée philosophique et les progrès du droit romain, remarques qui pourraient être fécondes, mais qui, jetées comme en passant et noyées au milieu d'autres questions, n'apportent à l'esprit qu'une satisfaction incomplète ; à l'inverse, des travaux érudits, portant sur des points de détails constituent un trésor de renseignements abondants, qui ne manque, pour satisfaire pleinement le désir d'ordre et de système que d'être rattaché à un ensemble.

Notre intention a donc été de dresser cette sorte de tableau synoptique, où les éléments occupent leurs places respectives, de sorte que chaque détail s'éclaire par l'ensemble d'un certain jour et qu'on puisse y voir comme dans un panorama, le déroulement des divers détails, qui ont déjà été mis en lumière, en précisant les données et en les mettant en harmonie avec le tout. Ce dessein explique que bien souvent des discussions de points de moindre importance aient été laissées dans l'ombre, surtout lorsqu'elles n'infirmant en rien la thèse générale, modifiant tout au plus le détail d'une idée. De telles discussions à peine indiquées ici, ont déjà fait l'objet d'études particulières ; nous nous sommes contenté d'en consigner les résultats. Même ainsi conçu, le travail rencontrait encore bien des obstacles. Toute question d'influence est très complexe. La similitude n'est pas toujours une preuve dont l'évidence doit entraîner la convic-

tion d'une façon irrésistible. Jusqu'à quel point y a-t-il lien de causalité entre deux tendances semblables ? Ce sont des problèmes qu'on résout difficilement pour des époques plus rapprochées de notre siècle ; à plus forte raison, quand il s'agit de se reporter en arrière à plusieurs siècles, au temps de la jurisprudence classique. Ici les renseignements susceptibles d'éclairer la difficulté font absolument défaut. Aussi convient-il d'avancer très prudemment et toute proposition a seulement la valeur d'une hypothèse admissible jusqu'à preuve contraire. Ces considérations justifient les développements assez étendus que nous avons consacrés à l'histoire de la philosophie à Rome. D'aucuns estimeront peut-être, qu'ils constituent un élément disparate, un hors-sujet qui trouverait plus justement sa place dans un travail littéraire. Dans le plan général, ces développements ont cependant leur importance : n'oublions pas, en effet, que la philosophie n'était pas un produit du sol romain, sans quoi on aurait tout autant de raisons pour parler d'une influence de la philosophie sur notre Code civil, puisqu'il est vrai que l'esprit de ses prescriptions sont en relations intimes avec les conceptions philosophiques, politiques, sociales et même religieuses de la nation. Or il se trouve qu'à Rome la philosophie n'était pas un héritage des ancêtres, mais une science acquise et dont la connaissance a modifié sensiblement aux yeux des Romains la vision du monde, tout aussi bien que le christianisme plus tard devait transformer dans un sens jusque-là inconnu, les idées et les mœurs.

Il importait donc de marquer au seuil de notre étude juridique, combien l'atmosphère était changée, d'indiquer à grands traits les faits qui ont pu modifier l'ambiance générale, et de préciser les courants d'idées tout nouveaux apportés fraîchement de l'étranger, à la suite de quoi apparaît fort plausible l'hypothèse d'une relation d'antécédent à conséquent entre les conceptions de la pensée grecque transmises aux Romains et les tendances nouvelles du droit et de la jurisprudence. Cette façon d'appuyer notre hypothèse a son utilité, notamment quand il s'agit, comme ici, d'une question où à défaut de sources directes, la conjecture est la seule attitude scientifique. L'étude historique de la

pénétration de la philosophie à Rome fera donc l'objet de notre première partie, à la suite de laquelle nous traiterons des points où l'action de la pensée philosophique paraît avoir suscité les plus riches conséquences : organisation du travail scientifique, conception de la loi et de l'équité et théorie des choses.

Nous ne cachons pas combien de difficulté nous avons rencontrées dans ce travail : que M. Guenoun veuille bien nous permettre de lui exprimer ici notre gratitude pour ses conseils et ses encouragements qui nous ont toujours été utiles dans la conduite de cette étude. L'effort et l'ardeur que nous y avons apportés, malgré les gaucheries de l'exécution, sont l'expression de notre hommage.

INTRODUCTION

Etat du Droit et de la Jurisprudence dans l'ancien droit

Avant d'étudier ce que le droit romain doit à la philosophie, il convient de jeter un regard d'ensemble sur le monde romain dans cet espace de six siècles, qui s'étend depuis le moment où il prend conscience de lui-même jusqu'à l'instant, où s'étant imposé à la Grèce par les armes, il est dominé à son tour par la civilisation et la pensée hellénique. Le contraste est frappant entre cette période toute romaine et la période suivante où, sans se dépouiller de leurs traits personnels, le Droit et la Jurisprudence deviennent plus humains et méritent à ce titre le qualificatif de classique.

Cette étude préliminaire servira à mettre en lumière la physionomie du monde juridique romain dans cette période qui s'étend du VI^e siècle de Rome au IV^e siècle après J.-C. Nous verrons ainsi dans une synthèse rapide quels furent le caractère romain, l'esprit du droit primitif et la jurisprudence dans l'ancien droit .

§ I. *Le caractère romain*

« L'esprit du peuple et l'esprit de l'époque sont l'esprit du droit »¹. La connaissance de la physionomie morale d'un peuple aide à comprendre les détails singuliers de son organisation politique, sociale et juridique. Le Romain d'avant le VI^e siècle est encore loin du citoyen raffiné, formé à l'école des philosophes et des rhéteurs grecs, que l'on verra à partir

1. IHERING, *L'esprit du droit romain*, I, p. 45.

du VI^e siècle. Mais sa vigoureuse personnalité a laissé son empreinte sur l'organisation de la cité romaine. La rudesse perce à travers l'histoire et les institutions juridiques de Rome : L. Virginius sacrifie sa fille pour ne pas la livrer au déloyal Appius Claudius¹. Et nous sommes encore près de l'époque où la vengeance personnelle était chose permise. Du reste la force et la violence étaient chose normale, quand elles avaient un fondement tant soit peu légitime². Le voleur pris sur le fait était battu de verges et attribué comme esclave au volé, si c'était un homme libre ; et s'il s'agissait d'un esclave, il était battu de verges et précipité du haut de la roche Tarpéienne³. Si le voleur surpris la nuit était tué par le volé, celui-ci demeurait impuni⁴. La peine pour la rupture d'un membre (*membrum ruptum*) était le talion si une composition ne pouvait avoir lieu⁵. D'ailleurs toute la procédure antique reflète cette rudesse du caractère romain : c'était un vestige, il est vrai, de la justice privée des temps primitifs mais ce déploiement de force plaisait à ces Romains passionnés de lutte et de guerre : dans la « *vindictio* », la « *festuca* » remplaçait la lance, qui était le symbole de la propriété « parce que, dit Gaius, ils croyaient surtout que c'étaient leurs biens, ce qu'ils avaient pris à l'ennemi »⁶.

Mais si les Romains se montraient rudes à l'extérieur, ils l'étaient aussi pour eux-mêmes et ceci se traduisait par une force de caractère peu ordinaire. Ils étaient endurants et d'une abnégation remarquable. On loue communément chez eux la « *gravitas* » : or ce mot renferme à la fois les idées de pesanteur, de force, de sérieux, de rigidité et de dignité, autant de traits qu'on retrouve dans le tempérament romain. Ils étaient d'ailleurs d'une énergie farouche : n'est-ce pas Mucius Scaevola, cet illustre ancêtre de Q. Mucius, qui, parce qu'il s'était trompé en tuant un scribe de Porsenna au lieu du roi lui-même, se brûla la main coupable

1. TITE-LIVE, III, 44-48 ; D., I, 2, 6 (*Pomponius*).

2. Cf. IHERING, *op. cit.*, I, p. 166 : « La force paraissait aux Romains chose naturelle et si peu injuste qu'ils ne pouvaient laisser d'y recourir ».

3. AULU-GELLE, XX, 1, 7 ; XI, 18, 8 ; GAIUS, III, 189.

4. Douze Tables, VIII, 12 (Girard).

5. Douze Tables, VIII, 2 ; GAIUS, III, 223.

6. GAIUS, IV, 16.

de cette erreur ? On comprend qu'avec des hommes doués d'une telle force de caractère, la physionomie du monde romain fût marquée des traits d'une rare vigueur. C'était alors le règne de l'individualisme et de la personnalité. Chacun portait en lui le fondement de son droit, le principe de son activité. Chaque « paterfamilias » pouvait considérer sa famille comme un petit Etat dont il était le maître souverain et incontesté. Son autorité était absolue et exclusive : il avait sur les membres de la famille le pouvoir de vie et de mort ; il était d'ailleurs le magistrat domestique et exerçait la juridiction quand un acte délictueux avait été commis par ceux qui étaient soumis à sa puissance. Du reste sa maison était un asile inviolable¹.

Mais cet individualisme qui paraît sans limites était associé chez les Romains à une haute conception du devoir. Ici encore leur vigoureuse personnalité, équilibrée, faite de bon sens constituait d'elle-même les limites de la liberté sans bornes qui leur était laissée et empêchait que des abus ne se produisissent. L'exemple de Régulus préférant endurer les pires supplices plutôt que de faillir à sa parole est tout à fait représentatif de cette mentalité. D'ailleurs l'exclusion de la « gens » ou le blâme du censeur suffisaient à rappeler aux individus le devoir auquel ils avaient failli : le législateur n'avait point à intervenir².

Mais cet individualisme n'allait pas sans un égoïsme très caractéristique de l'esprit romain. Cet égoïsme n'était en somme qu'une hypertrophie de la personnalité et une exaltation démesurée de la volonté individuelle. Le Romain paraissait à ses propres yeux le centre du monde : la gloire de l'Etat se confondait avec son propre triomphe³. Aussi son égoïsme se manifestait-il dans sa cupidité et son avarice. « Nos ancêtres, disait Pline, étaient ardents à s'emparer de

1. CICÉRON, *Pro domo*, 41. Cf. G. FERRERO, *Grandeur et décadence de Rome*, I, p. 7.

2. V. CUQ, *Munuel des institutions juridiques des Romains*, I, p. 736 et suiv.

3. IHERING, *op. cit.*, I, p. 314 : pour cet auteur il s'agit là d'un égoïsme grandiose, admirable par la logique et l'ampleur de ses conceptions, qui offre le spectacle de la plus grande tension possible des forces morales et intellectuelles, qui est la source de grandes actions et de grandes vertus. Cet égoïsme est le dernier état de l'égoïsme individuel qui se vainc lui-même pour se sacrifier au bien de l'Etat.

ce qui était bon et utile»¹. Et l'appas du gain, l'espoir des dépouilles, la perspective de la gloire étaient des motifs d'action souvent déterminants.

De l'avarice naissent la dureté et l'insensibilité. Il a fallu l'intervention de la loi Poetelia (428 ou 441) et de la loi Vallia (qui a dû être votée entre la deuxième moitié du VI^e siècle et le premier tiers du VII^e siècle J.-C.) pour apporter des adoucissements au sort du débiteur insolvable qui avait été jusque là à la merci de la rigueur de son créancier² : celui-ci pouvait tuer « l'addictus » ou le vendre à l'étranger ; il enfermait le « nexus » dans ses cachots privés et lui faisait subir des traitements inhumains.

Ainsi on peut s'expliquer le goût prononcé du Romain et son ardent amour pour la propriété : tout ce qui concernait les personnes et les biens, objets de propriété avait un grand développement dans la vie juridique. D'ailleurs les Romains étaient d'une extrême rigueur contre tout ce qui lésait son bien.

Ces préoccupations intéressées étaient le reflet d'un esprit positif et pratique. Et de fait l'art et la science sont restés très longtemps sans influence sur la pensée romaine. Les hautes conceptions des choses, les théories n'étaient point le propre de ces soldats et de ces agriculteurs aux vues terre à terre. Tout ce qui ne devait pas servir était à rejeter. Leur théologie même était fort rudimentaire et manifestait cet attachement aux réalités concrètes : les dieux avaient des fonctions précises qui correspondaient aux détails de la vie quotidienne, dans les champs, à la maison, dans l'existence de la famille³.

Le droit pratique était le domaine propre de l'intelligence latine : elle s'y exerçait infatigablement et y montrait une étonnante subtilité, mais sans jamais abandonner les réalités concrètes.

On peut dès lors comprendre qu'un tel tempérament dût

1. PLINÉ, *H.N.*, 25, 2, 4.

2. TITE-LIVE, 8, 28 ; VARRON, *De lingua latina*, VII, 105.

3. Les listes des Dieux romains dressées dans les *Indigitamenta* sont très curieuses : Vaticanus, Fabulinus, Cuba, Educa, Potina protégeaient l'enfant et lui apprenaient à vagir, parler, se coucher, manger, boire etc...

laisser son empreinte sur les institutions juridiques et la législation et ceci d'autant plus, durant cette période où les Romains étaient tout entiers eux-mêmes, dans la pleine expansion de leurs qualités naturelles et n'avaient pas encore été en contact avec la civilisation raffinée de la Grèce.

Tout ce qui émanait du peuple romain avait quelque chose de fort et de grand, mais également quelque chose de dur, d'intraitable et d'étroit.

§ II. *L'esprit de l'ancien droit*

C'est pourquoi la physionomie de l'ancien droit a quelque chose de complexe, qui reflète le contraste du caractère romain ; d'un côté c'est la puissante virilité avec une apparence d'arbitraire, et le déchaînement de la volonté individuelle, mais de l'autre c'est la précision la plus extrême, la rigueur d'une détermination mathématique. En même temps que la complication d'un luxuriant symbolisme, on y voit la simplicité des formes poussée jusqu'à l'absurde. Et sur tout cela planent le matérialisme et la rigueur, reflets de l'esprit positif et intransigeant des Romains.

I. — L'individualisme juridique domine l'esprit du droit ancien. On est frappé, en parcourant les dispositions législatives de cette période d'avant le VII^e siècle, du laconisme juridique : la protection de la propriété, la répression de quelques torts causés au prochain, la vague réglementation du prêt et de l'aliénation, en y ajoutant l'organisation de la procédure, étaient les principales préoccupations du législateur. Le droit de famille faisait l'objet de rares dispositions ; et s'il était pris en considération, c'est parce qu'il se rattachait de quelque manière au droit de propriété¹. Mais pour tout ce qui réglait les rapports sociaux proprement dits, la loi était muette : c'est qu'ici la liberté d'action était la règle : chaque individu pouvait en user avec la plus extrême rigueur, comme avec l'humanité la plus équitable. Les mœurs étaient sa seule loi et le censeur son seul juge. En

1. Cf. Douze Tables, V, 7 : on s'occupait du « furiosus », parce qu'il avait des biens qui ne devaient pas être laissés sans surveillance.

tout cas, chaque citoyen devait savoir se défendre et « le monde romain n'était pas fait pour les caractères mous »¹ : tant pis pour l'imprudent.

Du reste le droit apparaissait, à Rome, non pas comme une émanation de l'Etat, une intervention qui se juxtaposait ou plutôt tendait à dominer et à diriger la volonté individuelle, mais une libre expansion de la personnalité : l'Etat romain était né de la réunion des familles et quelque chose de cette situation a longtemps subsisté. La loi était alors un engagement des membres de la confédération, une promesse réciproque de ne point empiéter sur la propriété et les libertés des contractants². Aussi point d'immixtion de l'Etat dans les affaires privées : la volonté subjective tempérée par la morale dictait la conduite des individus³. Il en était ainsi même dans l'exécution des jugements : le magistrat statuait sur la légitimité de la demande, affirmait les droits des adversaires et celui qui avait obtenu gain de cause poursuivait par des moyens privés la réalisation de son droit. C'est un vestige de cette justice privée que la société a régularisée pour en empêcher la violence et l'arbitraire⁴.

II. — L'étroitesse d'application et l'impassible rigidité : tels étaient les traits caractéristiques du droit ancien.

A l'époque ancienne, le droit mis en mouvement se réalisait infailliblement avec une sûreté absolue. Celui qui avait demandé cent obtenait cent ou rien : il n'y avait pas de place pour l'appréciation du juge. Dans un contrat celui qui avait promis tant à son créancier, devait donner tant ; peu importe qu'il ait reçu ou non la somme qu'il avait promis de rendre⁵. Cicéron a bien traduit les conséquences de cette

1. IHERING, *op. cit.*, II, p. 297.

2. Cf. CUQ, *Institutions juridiques des Romains*, I, p. 738-739 et Manuel, p. 5 ; CICÉRON, *De leg.*, III, 16.

3. Cf. DENIS, *Histoire des idées et théories morales dans l'antiquité* ; IHERING, *op. cit.*, II, p. 82.

4. Ce ne fut que plus tard, vers la fin de la République (Leges Juliae de vi privata et publica) et sous l'Empire (Decretum Divi Marci), que l'emploi de la justice privée, sauf quelques exceptions, fut défendu en principe et menacé de peines.

5. GAIUS, IV, 116 et 116 a.

rigidité de la loi en rappelant le proverbe : « Summum jus, summa injuria »¹.

Ainsi des situations injustes naissaient de l'application trop stricte de la loi : aussi a-t-on qualifié cette période du droit romain de « strictum ».

D'ailleurs le caractère romain, en ce temps-là, s'accommodait de ce manque de souplesse juridique et son excessif égoïsme créait une atmosphère de rigueur qui augmentait encore l'injustice du droit. Nous avons vu plus haut, à propos de cet égoïsme, quel sort était réservé aux débiteurs insolvables. De même pour une « injuria » la vengeance était démesurée. Quant à la bonne ou mauvaise foi, elle n'était point prise en considération : on appliquait mathématiquement la loi. Les pouvoirs du père à la naissance de l'enfant étaient arbitraires : l'enfant n'appartenait à la famille que si le « pater » l'agréait parmi les siens, en le soulevant dans ses bras ; sinon il était à jamais exclu de la famille².

Le droit était rigoureux, mais les hommes l'étaient aussi trop souvent. « Pour assurer le triomphe du droit tous les biens sont sacrifiés, les penchants les plus naturels, les sentiments les plus sacrés, les plus puissantes considérations sont comprimées, refoulées »³. T. Manlius était condamné et exécuté sur l'ordre de son père pour avoir enfreint sa défense de combattre hors des rangs. La sentence du père était aussi dure que la condamnation : « Nos potius nostro delicto plectemur, quam respublica tanto suo damno nostra peccata luat : triste exemplum, sed in posterum salubre juventuti, erimus »⁴.

III. — L'esprit essentiellement pratique des Romains avait son reflet dans ce qu'on pourrait appeler le matérialisme du droit ancien. Celui-ci tenait compte avant tout du côté extérieur des choses. Ainsi dans les stipulations, on considérait seulement ce qui se pèse, se mesure ou se compte ;

1. CICÉRON, *De off.*, I, 10. Cf. TÉRENCE, *Héautont*, IV, 5, 48 ; COLUMELLE, I, 7. Cf. STROUX, *Summum jus summa injuria* ; S. RICCOBONO, *Fasi et fattori dell'evol. del. dir. rom.* (*Mélanges Cornil*, II), *passim*.

2. Douze Tables, IV, 1 (Girard).

3. IHERING, *op. cit.*, II, p. 67-68.

4. TITE-LIVE, VIII, 7.

la loi ne s'occupait point de tous ces impondérables qui ont tant de valeur dans le commerce juridique de nos jours : le crédit, l'utilité, le talent.

Le délit d'« injuria » de la loi Aquilia offre un autre exemple de ce matérialisme juridique. Pour qu'une action fût donnée contre celui qui était l'auteur du dommage, il fallait que le « damnum » fût fait « corpore corpori »¹, autrement dit, il fallait que ce dommage eût été causé directement par le délinquant ; celui donc qui aurait délivré un esclave pour le laisser échapper ne tombait pas sous le coup de la loi ; inversement si quelqu'un avait enfermé un animal ou un esclave et que celui-ci y fût mort de faim, le dommage n'était pas causé « corpori ».

C'était un attachement excessif au fait matériel, sans préoccupation de l'intention. Et en effet, la recherche de l'intention était étrangère à l'ancien droit ; la conception du vol le démontre suffisamment. La peine infligée au coupable dépendait moins du degré de culpabilité et de la valeur des objets volés, que de circonstances purement extérieures et fortuites : le voleur avait-il été ou non surpris en flagrant délit, on lui infligeait une peine capitale ou le paiement du double de la valeur de l'objet².

A un autre point de vue, se manifeste encore le matérialisme de l'ancien droit : l'objectivité de l'estimation des dommages-intérêts. On n'évaluait pas le préjudice dans chaque cas particulier, mais cette évaluation était abstraite-ment faite une fois pour toutes, en tenant compte seulement du fait extérieur de la lésion ou de la situation d'esclave ou d'homme libre de la victime. Avoir coupé les arbres d'autrui entraînait automatiquement, sans considération des circonstances, la condamnation au paiement de 25 as³. Pour des lésions corporelles la peine était de 300 as, si la victime était un homme libre, de 150 as, si c'était un esclave⁴. La condamnation au double, au triple, ou au quadruple s'appuyait sur

1. Cf. GAIUS, III, 219 ; *Inst.*, IV, 3, 16.

2. GAIUS, III, 189-191.

3. Douze Tables, VIII, 11 (Girard) ; PLINIE, *N.H.*, 17, 1, 7.

4. Douze Tables, VIII, 3 (Girard).

la valeur objective de l'objet endommagé durant la dernière année ou le dernier mois, suivant le cas.

IV. — A ce souci du côté extérieur et visible des choses, se rattache le penchant du droit ancien pour les actes bien déterminés. Rien de vague, ni d'imprécis n'était admis. Il ne fallait pas que dans l'appréciation des règles de droit ou des faits juridiques il y eût la moindre hésitation ou la plus légère divergence. Un des traits caractéristiques du droit ancien était la plus extrême précision¹, qui faisait rejeter, ce qui, dans l'application des choses, ne tombait pas sous les sens. Nous avons vu, sous un autre aspect, que l'estimation des dommages-intérêts avait une précision dont la rigueur entraînait parfois l'injustice. Le même souci de précision faisait rejeter dans les sanctions de délits tout dosage de culpabilité. Il est certainement à l'origine de la tendance du droit romain au formalisme. S'il est vrai que le goût de la forme s'est toujours plus ou moins manifesté dans la jeunesse des peuples, il faut cependant remarquer avec Ihering que la persistance de ce goût chez les Romains tient à leur tempérament, sinon le formalisme et le symbolisme ne se seraient pas maintenus avec autant de ténacité durant toute la période de l'ancien droit où certains aspects du commerce juridique montraient que le peuple romain n'était plus dans les tâtonnements de l'enfance : « L'absence de forme répugne à la nature intime des anciens Romains »².

Le formalisme avait pour but d'extérioriser la pensée intime de ceux qui s'adressaient au droit pour donner force à leurs actions et à leurs paroles : il était comme la barrière séparant le domaine proprement juridique de celui de la vie courante. Ainsi point de confusion possible. Mais par contre quel assujettissement de la volonté ! C'était une entrave et peut-être une arme pour la mauvaise foi³.

1. Cf. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, I, p. 718.

2. IHERING, *op. cit.*, II, p. 18 ; III, p. 191-192 ; CECI, *Le étimologie*, p. 13-14.

3. Cf. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, I, p. 720 : « Le formalisme n'avait pas pour effet chez les Romains d'encourager la mauvaise foi ... La conscience publique était aux premiers siècles si délicate qu'on n'aurait pas, à la légère, couru le risque de la blesser ». Il avait cet effet lorsque la vertu des vieux Romains reçut les premières atteintes.

Le formalisme romain reflétait les conceptions pratiques du peuple : tout devait avoir un but, une raison d'être. Les mots employés avaient une grande valeur ; il fallait les respecter superstitieusement : pas un mot de plus, pas un de moins ; un mot pris pour un autre, ou bien changeait la nature de l'acte, ou bien entraînait son annulation. Ainsi, au dire de Gaius, celui qui, en intentant l'action « de arboribus succisis » contre quelqu'un qui aurait coupé ses vignes, se serait servi du mot « vites » au lieu de « arbor » fixé par la loi, aurait perdu son procès¹. Dans la stipulation, il fallait employer les expressions consacrées par la loi : d'abord « spondere », plus tard « fidepromittere » ou « dare », et non d'autres². Le créancier devait les prononcer à la forme interrogative et le débiteur répondre identiquement par les mêmes mots à la forme affirmative, et ceci à peine de nullité³.

A côté de cet attachement pour les formes, les anciens Romains manifestaient un goût très vif pour les symboles, les gestes et d'une manière générale pour les solennités. Les symboles et les gestes sont les moyens de concrétiser une idée abstraite ; ils servent parfois à préciser la pensée, quand celle-ci est gênée dans son expression verbale par la pauvreté de la langue ou sa gaucherie ; ailleurs ils dénotent un penchant du peuple pour le sens poétique. A Rome ils complétaient les déclarations verbales et contribuaient à les fixer plus profondément dans l'esprit en les associant à des images inséparables d'une certaine signification : la tête (caput) représentait la personnalité juridique ; dans l'affranchissement on touchait la tête de l'esclave avec une « festuca »⁴ ; l'affranchi se faisait couper les cheveux pour acquérir un « caput liberum » ; la main (manus) était le symbole du pouvoir : dans la revendication, chacun des adversaires saisissait l'objet litigieux⁵. Le créancier non payé faisait

1. GAIUS, IV, 11.

2. GAIUS, III, 92-93.

3. Si la rigueur d'un tel formalisme n'a pas étouffé le Droit, c'est qu'à l'origine le commerce juridique était peu complexe à Rome et que la virilité du tempérament romain avait besoin de ce frein pour contenir sa puissance débordante.

4. GAIUS, IV, 16.

5. GAIUS, IV, 16.

« manus injectio » sur le débiteur insolvable, c'est-à-dire le saisissait après avoir affirmé publiquement l'existence de la dette, le non-paiement par le débiteur ou un autre¹. Le troisième symbole était la « festuca », qui était elle-même le symbole de la lance. Celle-ci représentait la propriété ; c'est pourquoi dans tous les actes juridiques, où était impliquée l'idée de propriété ou son affirmation, on employait la lance ou son symbole la « festuca »².

Dans la mancipation, l'acquéreur faisait le geste de saisir la chose ; on simulait la pesée d'un lingot d'airain, vestige d'une pesée réelle. Briser une branche d'arbre signifiait l'interruption de l'usucapion d'un fonds.

Ces solennités étaient obligatoires pour la validité d'un acte. Le droit ancien avait ainsi l'apparence étroite ; la volonté était gênée, et souvent paralysée par le souci de la forme : on était alors bien près de l'injustice, qui naissait, d'ailleurs, de la moindre défaillance de la conscience morale.

V. — La simplicité était un principe fondamental dans l'organisation juridique de l'ancienne Rome, aussi bien que la précision. Dans la procédure et les actes juridiques, on s'appliquait à écarter tout ce qui était complexe. A chaque droit qu'on prétendait faire valoir, devait correspondre une action bien distincte ; mais par une seule action, on ne pouvait faire valoir plusieurs prétentions³. La règle que le juge devait se placer au moment de la « litis contestatio » pour apprécier les prétentions des parties s'inspire du même ordre d'idées : c'était pour ne pas compliquer la tâche du juge que le droit des adversaires au procès était pour ainsi dire figé à ce moment où l'instance était liée. Dès lors tout ce qui, survenant ultérieurement, pouvait modifier la demande ou la défense, le juge n'avait pas à en tenir compte : une usu-

1. GAIUS, IV, 21.

2. Pour IHERING (*op. cit.*, III, p. 247) la lance était le symbole de la propriété parce que c'était le butin fait sur l'ennemi qui était regardé comme l'origine vraie de la propriété.

3. Ce principe était si bien enraciné dans la procédure romaine que même l'époque classique s'en est affranchie difficilement et l'a appliqué au vol : *actio ad exhibendum*, *actio furti* pour obliger le voleur à faire apparaître l'objet volé, pour le revendiquer et enfin pour obtenir contre le coupable une peine.

caption qui se serait achevée entre la « litis contestatio » et le jugement n'aurait donné aucun avantage à l'usucapant dans l'affirmation de son droit de propriété ; un défendeur, pris de remords, qui aurait payé sa dette avant le jugement, aurait été tout de même condamné à payer. Ce résultat était inique et le désir d'être simple faisait naître une injustice.

Point de complexité non plus, dans les actes juridiques. La stipulation était un acte unilatéral ; on ne pouvait pas s'en servir pour faire naître des droits simultanément sur la tête des deux contractants, ni des droits multiples au profit d'une seule personne : il fallait autant de stipulations que de conventions, portant sur un seul point.

Enfin, point de complexité dans les rapports de droits. L'ancien droit n'admettait pas qu'il y eût à la fois droit réel et droit de créance, produits par un seul rapport juridique : l'hypothèque par exemple était inconnue à cette époque. De même une personne ne pouvait être à la fois grevée d'une obligation et posséder un droit : ceci est de l'essence des contrats synallagmatiques, inconnus de l'ancien droit.

C'est pourquoi celui-ci s'adaptait assez imparfaitement à la vie sociale : sa masse imposante était lourde et gauche, en même temps que par son étroitesse, elle choquait le sens de l'équité et de la justice. Les premiers interprètes de ce droit cherchaient le moyen d'en étendre l'application et de l'adapter aux conditions du commerce juridique, mais leur interprétation reflétait le même esprit et portait l'empreinte de l'époque.

§ III. *La jurisprudence ancienne*

A Rome la jurisprudence occupait une place d'honneur dans la vie juridique. Les lois romaines énonçaient une formule concise où était condensé le principe que les magistrats et les prudents avaient à interpréter et à appliquer aux cas d'espèces. Elles étaient pour Cicéron des « *leges non perfectae* » que l'interprète devait compléter¹. La jurisprudence

1. CICÉRON, *De leg.*, II, 7. Cf. CUQ, *Institutions juridiques des Romains*, I, p. 468.— CORNIQUET, *Les attributions juridiques des pontifes*, p. 71.— IHERING, *op. cit.*, II, p. 64.

remplissait aussi une autre fonction : le commerce juridique recélaït bien des écueils et réservait des surprises désagréables à celui qui s'y aventurait seul, sans les conseils d'un homme versé dans la connaissance du droit. Le prudent était ainsi le conseiller dont on sollicitait l'assistance dans les actions en justice et les actes juridiques, il était encore le savant dont on sollicitait l'avis sur les questions obscures.

Ce rôle fut confié après l'expulsion des rois ¹ au Collège des Pontifes qui détenait les pouvoirs religieux autrefois laissés entre les mains du roi. La jurisprudence pontificale à caractère ésotérique s'exerça jusqu'au milieu du Ve siècle, époque à laquelle Cn. Flavius publia un recueil de formules rédigé par Appuis Claudius Caecus (le consul de 447 et 458). Bientôt après, dans les premières années du VI^e siècle, le premier grand pontife plébéen T. Coruncanus rendit public l'enseignement du droit en admettant à ses audiences toutes les personnes désireuses d'apprendre les secrets du droit et l'art juridique. Dès lors le droit se sécularisa et nous connaissons les noms des premiers prudents laïcs ². L'esprit dans lequel étaient conçues leurs œuvres, ne différait pas sensiblement de celui de la jurisprudence pontificale : d'ailleurs ces prudents étaient les héritiers des pontifes et aussi héritiers de leur méthode. S'ils ont cherché à élargir le cercle restreint de la science juridique leur tentative était assez gauche et pénible, encore trop imprégnés eux-mêmes de l'esprit de l'époque ; « il fallait qu'une révolution s'opérât dans la pensée juridique pour ouvrir à la jurisprudence un horizon nouveau » ³.

I. — *L'interprétation.*

La méthode des premiers prudents était encore rudimentaire. D'ailleurs qu'il s'agisse d'interprétation des lois ou d'interprétation des actes juridiques, elles étaient conçues

1. Sur la question de l'attribution au Collège des pontifes du privilège de l'interprétation appartenant aux rois avant leur expulsion, voir une discussion dans CORNIQUET, *op. cit.*, p. 76 et suiv. Cf. aussi CUQ, *op. cit.*, p. 146 et suiv.

2. POMPONIUS, *D.*, I, 2, 2. — KRUEGER, *Histoire des sources du droit romain*, p. 69-77.

3. CUQ, *Institutions juridiques des Romains*, I, p. 734.

dans le même esprit et cet esprit a marqué la méthode d'une forte empreinte. La jurisprudence de l'ancien droit manifestait un attachement exagéré à la lettre ; l'apparence extérieure avait une extrême importance pour elle. Elle appliquait l'interprétation littérale¹. On ne cherchait point à pénétrer l'esprit du législateur pour dégager le but des institutions, on se contentait de s'appuyer sur les mots, d'en rechercher le sens usuel, d'étudier la manière dont s'exprimait le législateur. De ce rapprochement on dégageait la règle qui paraissait être la plus conforme aux termes de la loi. Ainsi la loi des Douze Tables avait déclaré : « si pater filium ter venunduit, filius a patre liber esto »². Or comme le texte semble parler seulement du « filius », les anciens décidaient que pour les filles et les petits-fils une seule vente suffisait pour qu'ils fussent émancipés de la « patria potestas ». La loi Atilia établissait qu'il fallait d'office pourvoir d'un tuteur les femmes et les mineurs qui n'en avaient pas. Or elle n'avait pas envisagé le cas où ces personnes auraient un tuteur, mais incapable de gérer la tutelle pour une cause quelconque : la jurisprudence ancienne décidait que comme la loi ne s'occupait que des personnes qui n'avaient pas de tuteur, elle ne s'appliquait pas à l'hypothèse envisagée³.

On interprétait d'ailleurs avec la même rigueur littérale les actes juridiques. Les termes d'une formule devaient être étudiés très minutieusement : l'emploi du présent ou du futur pouvait changer totalement le sens d'une disposition ; une conjonction changeait la valeur d'un legs. Le testateur qui aurait institué son esclave pour son seul et unique héritier et qui aurait omis de lui donner la liberté dans le testament ne lui attribuait aucun droit, car être héritier et être affranchi étaient deux choses différentes, et il fallait être libre pour pouvoir hériter. Et pourtant il était visible que l'intention du maître avait été certainement d'accorder

1. Voir dans IHERING (*op. cit.*, I, p. 129 et suiv.) des pages très significatives sur l'interprétation logique et grammaticale.

Cf. CECI, *Le étimologie*, p. 13 : « Le culte du mot fut si vif dans l'ancienne Rome qu'on lui attribuait une vraie puissance mystique ».

2. Douze Tables, IV, 2.

3. ULPPIEN, *Reg.*, XI, 18.— GAIUS, I, 185 ; *Inst.*, I, 20.

à l'esclave en même temps que l'héritage, la liberté¹. Le fils, institué héritier sous condition, n'était pas exclu, par « a contrario », si la condition ne se produisait pas ; il fallait une exhérédation expresse².

Cette interprétation purement grammaticale était injuste. Les jurisconsultes et les écrivains de l'époque suivante lui ont reproché sa trop grande subtilité (*nimia subtilitas*)³. Cicéron a noté que « souvent des injustices se produisent par une interprétation du droit trop raffinée, mais maligne »⁴.

Une autre caractéristique de l'ancienne interprétation, est l'analyse très minutieuse des rapports juridiques. Les pontifes, dans les « *Indigitamenta* » avaient l'habitude de décomposer à l'extrême : les moindres actions des hommes étaient placées sous la protection d'un dieu particulier. Les formules des vœux adressés à la divinité révèlent la plus grande précision analytique (*sive deus, sive dea es et seu quo alio nomine appellari volueris*). Les interprètes ont apporté le même esprit de minutie dans l'appréciation des règles et des actes juridiques. Ils ont établi des distinctions presque mathématiques entre les divers principes⁵ : mais ils n'examinaient point les principes généraux du droit et faisaient surtout de la casuistique.

Ainsi la méthode d'analyse les conduisit par exemple à distinguer soigneusement dans les actions en justice les diverses prétentions, ainsi que nous l'avons vu plus haut.

Dans les actes juridiques il fallait spécifier distinctement tout ce qu'on désirait : l'ayant droit d'une servitude qui avait le droit de réparer le chemin, n'avait pas le droit d'apporter sur place les matériaux, à moins de le dire clairement⁶. Le vendeur d'une chose n'était responsable que des vices et défauts de l'objet qu'il avait distinctement spécifiés.

1. D., XXVIII, 5, 19. — XXVIII, 6, 16 § 1.

2. D., XXXV, 1, 83.

3. D., XLI, 1, 7, 5. — XI, 7, 43. — XXVIII, 2, 13 pr. — XXVIII, 3, 17. — XL, 4, 4, 2. — XXXIV, 5, 10. — GAIUS, IV, 30.

4. CICÉRON, *De off.*, I, 10. Cf. CICÉRON, *De inv. passim* : contraste entre « l'interpretatio ex scripto » et « l'interpretatio ex voluntate ». — QUINTILIEN, (*Decl.* 264) au contraire se fait l'interprète des partisans de ce système étroit : il est inutile de faire des lois si l'on peut les discuter.

5. Cf. IHERING, *op. cit.*, IV, p. 9.

6. D., XLIII, 19, 4.

Cette subtilité dans les distinctions empêchait la chicane mais cette finesse trop grande était parfois une gêne. Cicéron l'a d'ailleurs reproché aux anciens juristes : « Jure consulti ... saepe, quod positum est in una cognitione, id in infinita dispartiantur »¹.

II. — *La technique juridique.*

Le but de la technique est d'agrandir la sphère d'application des règles juridiques. Le législateur, nous l'avons dit, envisage seulement le principe ou les grandes lignes d'une règle, et c'est aux interprètes qu'incombe le devoir de coordonner ces principes, de les éclairer en les rapprochant les uns des autres et de les étendre aux cas que le législateur n'a pas prévus ou n'était pas en mesure de prévoir. Il faut tenir compte également des progrès de la vie juridique : aux exigences sociales, il faut une continuelle adaptation du droit.

La jurisprudence ancienne avait rempli cette fonction d'une façon bien archaïque et qui manquait d'ampleur. Pour étendre l'application des lois, si les jurisconsultes eurent le mérite de créer une terminologie juridique, riche, subtile, et qui constituait une base solide pour le droit postérieur ils ne purent pas cependant se dégager de la lettre de la loi : ils se contentèrent de créer des actes dénaturés, des actes imaginaires et des actes fictifs ; au lieu de poursuivre directement la réalisation du droit, ils passaient par des détours compliqués, par des « circuits », ou bien ils détournaient les formes traditionnelles et les règles anciennes de leur portée normale pour les appliquer à des cas qui s'éloignaient plus ou moins de ceux pour lesquels elles avaient été établies².

En effet, les actes dénaturés ou apparents semblent se rattacher à la loi ; ils ne diffèrent des actes réels que par l'effet qu'ils produisent : citons, pour exemple, la mancipation destinée à faire une donation, à constituer un dépôt ou un gage, ou encore à éteindre la puissance paternelle. De la sorte les innovations prennent appui sur la loi.

1. CICÉRON, *De leg.*, II, 19.

2. Cf. CUQ, *Institutions juridiques des Romains*, I, p. 733.

Les actes imaginaires, — comme le paiement ou « l'acceptatio per aes et libram », qui diffèrent de la mancipation en ce qu'il manque la remise et la pesée réelle d'un véritable lingot — ressemblent aux actes réels, puisent leur force dans cette ressemblance et sont valables du fait qu'on veut bien ignorer ce qui leur fait défaut.

Comme exemple de circuits juridiques, on peut citer la « legis actio per sacramentum » : après l'affirmation du demandeur et du défendeur que l'objet litigieux leur appartient en vertu du droit des Quirites, et après les solennités qui accompagnent cette déclaration, le magistrat invite le demandeur à affirmer son droit par serment. Celui-ci à son tour invite son adversaire à en faire autant. Chacun dépose une certaine somme. Le juge n'a point alors à se prononcer sur la question de droit, mais établit quel est le « sacramentum justum », celui du défendeur ou celui du demandeur¹. C'est donc seulement par un détour que les plaideurs obtiennent la reconnaissance en justice de leur droit.

La construction juridique systématique était absente de l'ancien droit. Les premiers prudents étaient surtout des casuistes. Ils étaient particulièrement habiles à discuter sur les cas particuliers. Aussi chez eux point de théorie générale². Les divisions étaient vagues (familia, pecunia), et elles étaient le résultat d'un instinct, sans justification théorique. C'est ce que Cicéron dans le *Pro murena* leur a reproché si sévèrement. D'ailleurs Cicéron déplorait qu'il n'y eût alors personne qui disposât les principes du droit, dans un ordre méthodique³. Pour lui, les ouvrages de M. Junius Brutus n'étaient que des recueils d'espèces⁴. Et pourtant M. Brutus avec M. Manilius et P. Mucius Scaevola passaient pour être les fondateurs du droit civil. Caton le fils (Cato Licinianus) aussi, selon Aulu-Gelle, a laissé des livres remarquables sur la discipline juridique⁵. Il a peut être cherché à mettre un peu d'ordre dans la matière.

1. Cf. GIRARD, *Manuel*, p. 1046 et suiv.

2. Cf. la différence entre le casuiste et le jurisconsulte : GAJUS, III, 202.— AULU-GELLE, VII, 15.

3. CICÉRON, *De or.*, I., 41.

4. CICÉRON, *De or.*, II., 33.

5. AULU-GELLE, XIII, 20.

Cependant l'ère de la science du droit ne s'était pas encore ouverte. Le mérite de la première élaboration scientifique revient à Q. Mucius Scaevola. Depuis quelques temps déjà l'influence de la Grèce s'était fait sentir ; son esprit et sa philosophie s'étaient imposés à l'attention des lettrés, des juristes et des magistrats romains. La jurisprudence et le droit commençaient, avec la fin du VI^e siècle et le début du VII^e siècle, à s'ouvrir d'autres voies vers une compréhension plus humaine, plus universelle et plus profonde des relations juridiques, des rapports sociaux, de la nature des choses et des hommes.

Première Partie

La Philosophie à Rome

CHAPITRE PREMIER

LES PHILOSOPHES GRECS ET LES ROMAINS

Section I

Les philosophes grecs à Rome

A la suite des expéditions romaines en Grèce, une population bigarrée envahit la ville : des marchands s'installent ; on voit affluer une multitude d'artistes, d'esclaves instruits auxquels on confie l'instruction de la jeunesse romaine, des rhéteurs, des médecins et des philosophes. La vie grecque pénètre partout, et les vaincus vont faire l'éducation de leurs vainqueurs. Les diverses tendances de la pensée hellénique exercent simultanément leur influence. Avant d'étudier la pénétration de la philosophie à Rome, jetons un regard rapide sur le rôle qu'ont joué la littérature et le théâtre dans le travail de préparation et de formation des esprits à Rome, rendant ainsi possible l'emprise des doctrines philosophiques sur ces esprits encore lourds, et répandant les idées issues de l'enseignement des philosophes.

§ I. *La littérature et le théâtre*

La littérature prit naissance avec Livius Andronicus et Ennius. Jusque-là elle n'était pas même connue : la ville grossière et absorbée par la pensée de la guerre ne donnait pas beaucoup d'attention aux arts libéraux¹. Livius fonde

1. SUÉTONE, *Gramm.*, 1.

une école où il explique les œuvres grecques : Mais Ennius, admis dans l'intimité du consul Fulvius Nobilior et de son fils Quintus se flatte d'avoir fait des Romains des Grecs accomplis¹.

Par son traité de philosophie pythagoricienne l'*Epicharmus* et sa traduction de l'histoire sacrée d'Evhémère, la philosophie grecque commence à pénétrer à Rome tandis que déjà on se prend d'admiration pour les chefs-d'œuvre de la Grèce. Cette admiration ne cesse de croître, surtout à partir du séjour que fait à Rome vers 159 Cratès de Mallos, l'illustre fondateur de la Bibliothèque de Pergame et le célèbre chef de l'école de cette ville, dont la science était presque universelle. Pendant tout son séjour dans la ville il fait de nombreuses conférences et disserte assidûment². Le résultat de cet enseignement est immédiat : les Romains se mettent alors à corriger, à réviser et à expliquer les œuvres jusque-là peu répandues³. Ceci prouve que déjà la pensée hellénique a triomphé de l'ignorance des Quirites : ceux-ci, outre qu'ils sont familiarisés avec le grec, sont capables de comprendre les subtilités d'une discussion littéraire et philosophique et de s'y intéresser. Sans doute la littérature ne peut avoir qu'une influence restreinte, s'adressant à un public d'élite, à des milieux cultivés de Rome. Pourtant la plèbe n'est pas restée étrangère à l'expansion de la pensée grecque : le grand public s'est peu à peu familiarisé avec les idées importées d'outre-mer et cela, grâce au théâtre qui connaît une grande vogue durant cette période de l'histoire romaine. En effet, le public romain dès l'an 240, avec Livius Andronicus et l'introduction du drame grec sur la scène romaine, commença à manifester un intérêt croissant pour les représentations théâtrales⁴. Or les auteurs dramatiques puisaient largement dans le répertoire grec : ils répandaient ainsi les idées empruntées et contribuèrent à modifier l'état des esprits à Rome ; car le théâtre parlant aux yeux, frap-

1. CICÉRON, *Tusc*, I, 2 ; *Brutus*, 20.— BESANÇON, *Les adversaires de l'hellénisme*, p. 102.

2. SUÉTONE, *Gramm.*, 2.

3. SUÉTONE, *Gramm.*, 2.

4. Cf. COLIN, *Rome et la Grèce*, p. 139. — Jusque là les jeux scéniques étaient très rudimentaires.

pant les oreilles et remuant les sentiments humains est un puissant moyen d'éducation.

Les premiers représentants de la tragédie furent Livius Andronicus et Naevius. Avec Naevius la tragédie athénienne triompha sur le théâtre romain¹. Or parmi les tragiques grecs, celui qui eut la faveur du public romain fut Euripide, « un philosophe, un sceptique, un raisonneur, le dernier produit d'une muse fatiguée », mais aussi « le plus tragique des poètes dramatiques, le plus capable de remuer des spectateurs grossiers et de les initier aux émotions charmantes de la fiction »². Du reste les maximes philosophiques d'Euripide étaient pour plaire à un peuple friand de belles sentences.

Le tragique qui a le plus imité le dramaturge grec fut certainement Ennius. Comme son modèle, il aimait à énoncer des maximes : « A l'homme, fit-il dire dans le *Phénix*, il convient de vivre d'une vraie vertu... Voici la liberté : porter en soi un cœur pur et solide. Le reste, un esclavage, que couvre une nuit obscure »³. D'ailleurs Ennius a certainement fait beaucoup pour la diffusion de la pensée grecque. Nous avons vu quelles étaient dans ses œuvres en prose, ses conceptions pythagoriciennes et épicuriennes. Il apporta dans son théâtre le même esprit rationaliste et sceptique⁴. Aussi son influence fut-elle immense et durable. Lucrèce se rattache à lui et Cicéron le pratiquait assidûment⁵.

Plus encore que son oncle Ennius, Pacuvius (qui fréquentait le cercle des Scipions) fut un ardent propagateur de la philosophie. Il en remplissait des tirades entières et il aimait à émailler ses pièces de sentences morales⁶.

Accius, imitateur d'Euripide, mais aussi de Sophocle et d'Eschyle, avait aussi un goût très vif pour les phrases sentencieuses. Il savait leur donner une forme sans apprêt et

1. Cf. HINSTIN, *Les Romains à Athènes*, p. 28.

2. G. BOISSIER, *La religion romaine*, I, p. 41.— JULLIEN, *Les professeurs de littérature*, p. 42.

3. *Phœnix* (Ribbeck, p. 52-53).

4. Cf. entre autres passages : *Iphigenia* (Ribbeck, p. 42), *Telamo* (Ribbeck, p. 54).

5. J. BAYET, *Histoire de la littérature latine*, p. 99.

6. Voir par exemple (Ribbeck) « ex incertis fabulis », p. 124-125 ; *Niptra* (Ribbeck, p. 110).

d'une nudité vraiment imposante, qui devait frapper favorablement l'esprit des spectateurs¹. Comme Ennius, il professait aussi un certain rationalisme philosophique².

La comédie eut un rôle aussi important que la tragédie dans l'éducation du peuple romain. Presque tous les sujets comiques étaient tirés de la comédie nouvelle dont Ménandre, Philémon et Diphile étaient les principaux représentants ; Plaute en emprunta également à la comédie moyenne. Mais la comédie nouvelle se prêtait mieux à des développements romanesques et bouffons, à des étalages de fourberies qui égayaient fort le public, alléché par leur ton quelque peu licencieux. Or cette comédie nouvelle, apporta en même temps à Rome, les plus pénétrants enseignements de la sagesse athénienne ; ... elle respirait une philosophie souriante³. Le public romain se trouvait en présence de personnages dont les allures étaient souvent grecques. Les esclaves avaient une grande liberté de langage et étaient traités avec beaucoup de douceur. « Je suis aussi un homme comme toi »⁴ dit l'un d'eux. Dans la famille, les fils étaient plus indépendants, la puissance paternelle apparaissait moins tyrannique et les rapports de père à fils admettaient plus de tendresse et de justice. Dans l'ensemble si les mœurs évoquées sur la scène n'étaient pas en tous points édifiantes, si les auteurs se plaisaient à étaler, pour la joie des spectateurs, les actions équivoques d'esclaves filous, d'entremetteurs éhontés, de jeunes gens débauchés et de courtisanes perverses, par contre l'atmosphère était bienveillante et douce. La morale était peu austère mais humaine, et dans le fond, la comédie nouvelle contenait et exhalait souvent un souffle philosophique et moral, qui ne pouvait qu'impressionner le public romain, surtout en sortant des mains de Plaute et de Térence qui lui imprimaient la marque du génie latin.

Plaute a fait passer en elle sa verve irrésistible : ses comédies sont d'une puissance de vie vraiment surprenante. Mais au milieu de ses bouffonneries, on trouve des leçons

1. Cf. *Athamas, Astyanax* (Ribbeck).

2. Voir par exemple : *Brutus* (Ribbeck).

3. HINSTIN, *Les Romains à Athènes*, p. 33.

4. PLAUTE, *Asinaria*, V. 472.

d'une philosophie assez pratique. Dans l'ensemble cette philosophie est faite de bon sens : la vertu est préférable au vice, parce qu'elle est plus avantageuse et que la débauche n'est pas profitable¹. De temps en temps une pensée s'échappe un peu de ce terre à terre : « Nous, chétifs humains, que sommes-nous ? une frêle machine qu'un souffle anime ; dès qu'il nous échappe, le mendiant et le riche superbe sur les bords de l'Achéron sont égalés par la mort »². On sent déjà comme les premières ébauches de l'appel des hommes à la fraternité universelle dont le stoïcisme est le plus ardent défenseur. On trouve également au milieu des considérations utilitaires d'ardentes invitations à la charité : ce sera plus tard pour le stoïcisme un des thèmes favoris de ses prédications³. C'est encore un air tout stoïcien qu'on respire dans cette réflexion d'un personnage du *Rudens* : « La résignation est le meilleur remède à tous les maux », comme dans cette parole de Philton à son fils dans le *Trinummus* : « Ajoute sans cesse les bonnes actions aux bonnes actions, pour t'en faire un rempart inébranlable. N'être jamais content de soi, c'est le caractère du vrai mérite »⁴.

De telles pensées suffisaient à provoquer la réflexion chez les auditeurs. Ce n'est pas à dire que des hommes de bon sens n'eussent pas été capables de nourrir ces idées élevées, mais le fait de les avoir portées à la scène prouve qu'elles commençaient à se répandre largement et avait pour résultat de les mieux faire pénétrer dans l'esprit du public, le préparant aux leçons d'une plus haute sagesse.

Avec Térence la moralité dans la comédie fait de grands progrès. Nous sommes loin des plaisanteries un peu grosses des scènes plautiniennes. Il y a toujours sur la scène des esclaves rusés, des courtisanes et des jeunes gens débauchés, mais sur tous ces personnages, sujets conventionnels de la

1. *Trinum.*, V. 202-239, V. 269 et suiv. ; *Rudens*, V. 1144 et suiv. ; *Pseud.*, V. 667 et suiv.

2. *Trinum.*, V. 450 et suiv. ; cf. *Pseud.*, V. 669 et suiv. ; *Rudens*, Prolog., V. 9 et suiv.

3. *Trinum.*, V. 307 et suiv. Voir J. DENIS, *Histoire des idées et des théories morales dans l'antiquité*, II, p. 154-179, un chapitre très intéressant sur la conception de la charité dans la troisième période du stoïcisme.

4. *Rudens*, V. 318 ; *Trinum.*, V. 280.

comédie nouvelle, plane une ambiance de bon ton. Les esclaves sont mieux élevés, moins hâbleurs et semblent plus attachés à leurs maîtres¹. Les rapports entre maîtres et esclaves se sont adoucis; les mérites des subalternes sont reconnus; on est bon pour eux². A leur tour les esclaves donnent à l'occasion, à leurs maîtres des conseils très sensés où se mêle la plus exquise sagesse, ils s'attachent sincèrement à eux, donnant l'exemple de la soumission et de l'affection³. Eux-mêmes parfois se piquent de philosophie⁴. Les esclaves apparaissent donc dans le théâtre de Térence comme des personnages très sympathiques dans leurs actions et dans leurs paroles. Faut-il y voir l'influence du cercle des Scipions que Térence fréquentait assidûment⁵? La doctrine philanthropique de la fraternité universelle qui prêchait le stoïcisme avait déjà pénétré profondément dans l'esprit de certains des familiers du groupe de Scipion et de Laelius; rien d'étonnant qu'elle charmât notre auteur comique. « Je suis homme, déclare un personnage de l'*Héautontimorouménos*, et j'estime que rien d'humain ne m'est étranger »⁶: c'est là du plus pur stoïcisme. Et c'est encore du stoïcisme que cette sensibilité réciproque et humaine des personnages, que cette attirance vers la souffrance humaine⁷.

Si l'on considère maintenant les rapports entre les parents et les enfants, on constate qu'ils sont dominés avant tout par l'affection et la piété filiale. Plus de scandales: les fils de famille s'amuse,nt, mais au milieu de leurs escapades redoutent la sévérité de leurs pères, sans cependant se dresser contre eux⁸. Les pères sont fermes, mais savent tempérer leur autorité par l'affection: ils se montrent indulgents à l'occasion. « J'estime, déclare un personnage

1. Voir par exemple dans l'*Hécyre*, Parménon, l'esclave de Pamphile..

2. Cf. *Hécyre*, V. 849-850; *Andrienne*, V. 36.

3. *Eunuque*, V. 46-70; *Héautont.*, V. 124-127; *Andrienne*, V. 38.

4. *Hécyre*, V. 307 et suiv.; *Andrienne*, V. 43-44; *Héautont.*, V. 796: « jus summum saepe summa est malitia ».

5. SUÉTONE, *Vie de Térence*, 1. — BAYET, *Histoire de la littérature latine*, p. 127.

6. *Héautont.*, V. 77.

7. *Héautont.*, A. I, Sc. 1 et notamment V. 84-86; *Phorm.*, V. 95-99, 188-9.

8. Voir Pamphile dans l'*Andrienne*, Clinia dans l'*Héautont.*, Chéréa dans l'*Eunuque*, Antiphon dans le *Phormio*.

des *Adelphes*, qu'il faut retenir ses enfants par l'honneur et les nobles sentiments plutôt que par la crainte »¹. Les pères n'imposent pas tyranniquement leur volonté et ils tiennent compte des sentiments de leurs enfants².

En somme, un grand pas a été franchi de Plaute à Térence : l'atticisme a pénétré profondément dans le théâtre romain ; il y a plus de finesse, plus de psychologie et plus de moralité. Si l'influence de Térence a été moins grande sur le public commun³, par contre son théâtre était fait pour plaire aux esprits délicats et instruits, et il n'est pas possible que les idées qui y sont exprimées n'aient pas marqué d'une empreinte profonde l'âme des spectateurs.

§ II. Les philosophes grecs à Rome

Avant même que des représentants des écoles philosophiques eussent initiés les Romains à leurs doctrines, le pythagorisme était connu sur les bords du Tibre dès le règne de Tarquin le Superbe⁴. A la fin du IV^e siècle, Appius Claudius Caecus écrivit un recueil de sentences morales, le *Carmen de Moribus* que Panaetius admirait beaucoup et qui marquait une attirance vers le pythagorisme⁵. En l'an 209, Caton lui-même, l'adversaire intraitable de l'hellénisme, alors âgé de 25 ans, suivit avec empressement, après la prise de Tarente, les leçons du pythagoricien Néarque⁶, chez qui il logeait.

Une vingtaine d'années plus tard, la philosophie pythagoricienne était assez répandue à Rome, et avait pénétré les esprits assez profondément pour que certains sectateurs songeassent à modifier la religion romaine dans le sens d'une doctrine de philosophie grecque⁷.

L'épicurisme avait lui aussi des adeptes à Rome. Dans

1. *Adelphes*, V. 57-58.

2. *Andrienne*, V. 378-379.

3. Cf. prologue de l'*Hécyre*.

4. CICÉRON, *Tusc.*, IV, 1.—PLINE, *H.N.*, 34, 12, 1 et suiv.

5. CICÉRON, *Tusc.*, IV, 2.—BAYET, *Histoire de la littérature latine*, p. 33.

6. PLUTARQUE, *Caton*, 2.

7. COLIN, *Rome et la Grèce*, p. 369.—PLINE, *H.N.*, 13, 27.—TITE-LIVE, 40, 29.

ses débuts, la doctrine du plaisir était loin de plaire aux Romains, passionnés pour l'effort, rêvant de dominer le monde ¹. Cependant vers l'an 153 une foule de gens avaient embrassé la doctrine épicurienne. C. Amafinius et Rabirius, écrivains de la secte, avaient sous leurs ordres des sectateurs qui répandaient dans toute l'Italie de petits traités offrant au peuple le système et la morale d'Epicure ². Mais déjà une vingtaine d'années auparavant l'influence de cette philosophie était sans doute bien inquiétante pour que le Sénat prît un décret d'expulsion contre les épicuriens Alcius et Philiscus ³. Cette doctrine, cependant, se répandit dans la masse à la fin de la République et beaucoup de gens l'adoptèrent ⁴.

Le pythagorisme et l'épicurisme n'étaient certainement pas les seules philosophies alors connues à Rome. Polybe constatait « qu'un grand nombre de savants venaient tous les jours de Grèce à Rome » ⁵. Parmi eux, les philosophes étaient fort nombreux ; ils offraient souvent le spectacle de pauvres hères, ivrognes et parasites aux dépens de qui s'égayaient fort les spectateurs du théâtre de Plaute ⁶. Mais à côté de cette foule d'individus peu recommandables, il y en avait d'autres que les plébéiens confondaient avec les premiers dans leur mépris, mais qui avaient certainement l'admiration du public romain. D'ailleurs Térence nous apprend dans l'*Andrienne*, représentée en 166, que « presque tous les jeunes gens se donnaient à corps perdu dans quelque fantaisie et se passionnaient ... pour les philosophes » ⁷. L'influence de ces hommes commençait à effrayer les pouvoirs publics : en 161, le Sénat rendit un décret d'expulsion contre tous les philosophes et les rhéteurs ⁸.

Evidemment de telles mesures ne pouvaient toucher

1. PLUTARQUE, *Pyrrhus*, 20.

2. CICÉRON, *Acad. post.*, I, 2 ; *Tusc.*, I, 3 ; II, 3 ; IV, 3. Cf. BESANÇON, *Les adversaires de l'hellénisme*, p. 110.

3. ATHÉNÉE, 12, 68.

4. J. DENIS, *Histoire des théories et idées morales dans l'antiquité*, II, p. 15.

5. POLYBE, 32, 10.

6. PLAUTE, *Curc.*, V, 297 et 301 ; *Pseud.*, V, 957 et suiv. ; *Capt.*, V, 216 et suiv., 284 ; *Rud.*, V, 890.

7. *Andrienne*, V, 55-57. |

8. AULU-GELLE, XV, 11. — SUÉTONE, *De rhét.*, 1.

les savants reçus dans quelques familles aristocratiques et protégés par les philhellènes. Ceux-là continuaient à instruire les enfants des patriciens et à les initier à la philosophie. L'un d'eux, Métrodore, était le professeur des fils de Paul-Emile : c'était un philosophe d'une grande autorité¹.

Cependant, l'événement décisif dans l'histoire de la pensée romaine est certainement l'arrivée sur les bords du Tibre, en 155, de l'ambassade athénienne que présidait Carnéade. Les Athéniens avaient ainsi envoyé à Rome le néo-académicien Carnéade de Cyrène, le stoïcien Diogène de Babylone et le péripatéticien Critolaüs de Phasélis, les trois chefs les plus célèbres des écoles d'Athènes et trois hommes illustres par leur éloquence et leur science². Le Sénat les entendit et fut aussitôt subjugué par une rhétorique nouvelle pour les Romains. La renommée de ces discours se répandit dans toute la ville³.

En attendant que le Sénat rendît son arrêt dans l'affaire qui avait motivé l'ambassade, les trois philosophes organisèrent des « conférences » dans des cercles privés ou dans les lieux les plus fréquentés. Un public nombreux se pressait autour d'eux⁴. Les jeunes gens furent saisis tout d'un coup d'un si véhément désir de savoir que tous les autres plaisirs et exercices furent mis de côté et qu'ils ne voulurent plus que vacquer à la philosophie, comme s'ils avaient été touchés par quelque inspiration divine⁵. Chacun des trois philosophes exposait sa doctrine.

Les leçons du péripatéticien Critolaüs dépassaient les connaissances de ses auditeurs : le public romain n'était pas préparé à recevoir les hautes conceptions d'Aristote. Ils en retiraient toutefois quelque profit de cet enseignement. Le stoïcisme exposé par Diogène de Babylone, et surtout la morale stoïcienne, pouvaient être facilement compris des

1. PLINÉ, *H.N.*, 35, 40, 10.

2. AULU-GELLE, VII, 14. — MACROBE, I, 5. — PLINÉ, *H.N.*, 35, 3. — CICÉRON, *De or.*, II, 37. Pour le récit détaillé des circonstances, voir COLIN, *Rome et la Grèce*, p. 504-507.

3. PLUTARQUE, *Caton*, 22. — C. MARTHA, *Le philosophe Carnéade à Rome*, p. 88.

4. AULU-GELLE, VII, 14.

5. PLUTARQUE, *Caton*, 22.

Romains, si l'orateur avait soin de taire les subtilités métaphysiques de la doctrine.

Mais c'est Carnéade qui obtint le plus éclatant succès. Carnéade était le chef de la Nouvelle Académie ou troisième Académie. Modifiant la doctrine d'Arcésilas qui rejetait toute certitude et même toute probabilité il ne prétendait pas qu'il n'y eût pas de vérité, mais il soutenait que cette vérité est tellement mêlée d'erreurs qu'on n'est jamais sûr de la posséder. C'est pourquoi il faut se contenter du vraisemblable et se dispenser de porter un jugement définitif.

Les choses se présentent à nous, non comme vraies, mais comme probables. C'est la doctrine du probabilisme que plus tard Cicéron défendait avec enthousiasme et qu'il exposa dans les *Académiques* : « Cette doctrine, qui tout en cherchant le vrai, ne se piquait jamais de l'avoir trouvé, qui laissait à l'esprit sa liberté, et le rendait juge des vraisemblances, qui lui donnait le plaisir de s'instruire sans l'engager dans une foi, cette doctrine ... pouvait avoir de l'attrait pour les Romains, peu sectaires de leur nature et qui d'ailleurs se sentaient en tout sous une discipline non discutée, esclaves de formules traditionnelles, incomprises, dont le sens était le plus souvent perdu »¹.

Et en effet les conférences de Carnéade frappèrent l'esprit des Romains et apportèrent à ces rudes guerriers des lumières jusque-là inconnues. Surtout deux discours laissèrent à Rome un impérissable souvenir². Dans l'un des deux, le néo-académicien parla en faveur de la justice ; le lendemain il renversa ce qu'il avait dit la veille et attaqua la justice. Un tel procédé dialectique renversait toutes les conceptions des Romains et détermina dans leurs esprits un profond bouleversement d'où naquit la philosophie. Dans le premier discours, reprenant les théories de Platon, d'Aristote et des stoïciens, le philosophe affirma l'existence d'une loi naturelle, immuable, éternelle, universelle : la raison humaine qui fixe notre conduite. Dans le second, Carnéade nia l'existence de cette loi naturelle commune à tous les hommes³. Puis il

1. C. MARTHA, *Le philosophe Carnéade à Rome*, p. 74-75.

2. CICÉRON, *Ad. Att.*, XII, 23.

3. CICÉRON, *De rep.*, III, 5. — LACTANCE, *Inst. div.*, V, 14.

démontra que la sagesse était incompatible avec la justice : par sagesse, il entendait cette disposition des hommes à défendre leurs intérêts et par justice, la vertu qui accorde aux autres ce qui leur est dû et qui se sacrifie. Donc si on est sage on n'est pas juste et réciproquement. Il y a là de quoi inquiéter les consciences des auditeurs, et de quoi faire réfléchir les esprits délicats¹. Or à ces conférences assistait un auditoire d'élite : Scipion Emilien et ses amis, C. Laelius et L. Furius, Scaevola l'augure, Sulpicius Gallus, le grand orateur Galba et Caton lui-même². Ces hommes étaient charmés par l'éloquence vibrante de l'académicien, mais ils reconnaissaient le danger de ses discours. Aussi Caton pressa-t-il le Sénat de liquider le plus vite possible les affaires pour ne plus retenir dans la ville des hommes aussi dangereux³. Carnéade, Diogène et Critolaüs quittèrent Rome, mais laissèrent derrière eux des jeunes gens et des hommes pleins d'enthousiasme pour l'étude de la philosophie. Carnéade eut plus tard un disciple en la personne du consul Catulus, le collègue de Marius⁴ et un fervent admirateur en Cicéron. Laelius avait suivi les leçons de Diogène de Babylone⁵.

En effet malgré les efforts de Caton, la philosophie a lui dans les ténèbres de Rome et les esprits ne pouvaient plus s'en passer. Restait à faire du travail en profondeur et c'est à Panaetius, représentant du stoïcisme, que revient cet honneur. Ce philosophe vint à Rome entre l'an 155 et l'an 150 et en sa personne « c'était la fleur de l'hellénisme qui entra en contact dans le cercle de Scipion avec la fleur de l'aristocratie romaine »⁶. Il entra dans la familiarité de Scipion Emilien⁷. Par ailleurs de nombreux disciples s'attachèrent au philosophe, et quand celui-ci fut rentré à Athènes,

1. CICÉRON, *De rep.*, III, 12 ; 18. — LACTANCE, *Inst. div.*, V, 16.

2. CICÉRON, *De or.*, II, 37 ; III, 18, *De rep.*, III, 6. — LACTANCE, *Inst. div.*, V, 14. — QUINTILIEN, XII, 1, 35.

3. PLINE. *H.N.*, 7, 30, 112.

4. BESANÇON, *Les adversaires de l'hellénisme*, p. 120.

5. CICÉRON, *De fin.*, II, 8.

6. L. MEYLAN, *Panaetius et la pénétration du stoïcisme à Rome*, p. 172.

7. CICÉRON, *De off.*, I, 26.

il entretint avec eux une correspondance suivie pour les réchauffer dans leur ardeur philosophique¹.

Assurément Panaetius devait plaire aux Romains par sa nature souple et conciliante et son « savoir presque divin ». Son enseignement s'adaptait parfaitement à l'esprit de ses auditeurs : « Il évitait, dit Cicéron, la rigide austérité des stoïciens et il ne goûtait ni la rigueur inflexible de leur système, ni les épines de leur dialectique : il rendait donc le stoïcisme plus clair et plus persuasif, plus indulgent et plus humain »². Du reste son éclectisme était fait pour plaire aux Romains, encore trop « novices » pour adopter un système dans toute sa rigueur : « Il avait toujours à la bouche les noms de Platon, d'Aristote, de Xénocrate, de Théophraste et de Dicéarque »³.

Il développa le stoïcisme dans le sens d'une morale pratique⁴, c'est lui qui fut l'initiateur du moyen stoïcisme. En perdant ainsi de son dogmatisme abstrait et austère, en se mêlant à la vie, le stoïcisme était éminemment apte à façonner la pensée des Romains : « Dans le monde romain, a dit Hegel, le stoïcisme s'est trouvé dans sa maison ».

Panaetius fut un maître incomparable, lui qui « réussit à faire d'une philosophie d'école ... une source d'inspirations morales »⁵. Son traité du *Devoir* a servi de modèle à Cicéron pour le *De officiis*⁶ ; et son *De magistratibus* était un livre de politique et de jurisprudence romaine écrit pour l'usage des citoyens »⁷. Enfin, son enseignement était comme une semence qui allait donner à Rome des hommes aux aspirations nobles et même des philosophes. Avec Panaetius, le stoïcisme définitivement pénétra dans la pensée romaine.

Pour compléter cette liste des philosophes étrangers et surtout grecs qui sont entrés en contact avec la civilisation romaine jusqu'au premier siècle avant l'ère chrétienne et qui

1. CICÉRON, *De fin.*, IV, 9.

2. CICÉRON, *De fin.*, IV, 28 ; *Pro Murena*, 31.— OGÉREAU, *Essai sur le système philosophique des stoïciens*, p. 271.

3. CICÉRON, *De fin.*, IV, 28.

4. L. MEYLAN, *op. cit.*, p. 182, n. 2 ; p. 183-185.

5. OGÉREAU, *op. cit.*, p. 274.

6. CICÉRON, *De off.*, I, 2.

7. CICÉRON, *De leg.*, III, 6.

ont laissé une empreinte sur l'esprit de leurs auditeurs du Latium, nous ne devons pas passer sous silence Blossius de Cumes, le maître, le conseiller et l'ami de Tib. Gracchus. Il avait entendu à Athènes les leçons des stoïciens Antipater et Panaetius. Appelé à Rome par Cornélie, la mère des Gracques, qui tenait à confier ses enfants aux meilleurs maîtres de la Grèce, il initia ainsi Tib. Gracchus et vraisemblablement son entourage à la philosophie stoïcienne¹.

Quant au stoïcien Diodote, on sait très peu de chose sur son séjour à Rome. Cicéron nous apprend qu'il l'avait pour son maître dès l'enfance, et que le philosophe vivait avec lui pendant de longues années². Il a acquis auprès de ce maître, pour qui il avait une grande admiration, des connaissances variées : la dialectique, la géométrie et la musique³.

Cicéron a reçu également les leçons de Philon de Larisse, le disciple et le successeur de Clitomaque. Celui-ci était venu à Rome vers l'an 88, fuyant la domination de Mithridate imposée aux Athéniens et la tyrannie d'Aristion, le lieutenant du roi⁴. Ce néo-académicien, qui avait fondé la 4^e Académie et dont la doctrine était large, libérale, contraire à tout dogmatisme intransigeant, charma Cicéron, qui apprit ainsi les théories de l'école néo-académicienne et les défendit avec zèle⁵.

Enfin, il faut noter le séjour à Rome du philosophe académicien, Dion. Il y fut envoyé par les Alexandrins pour accuser Ptolémée Aulète⁶.

Ces philosophes ont certainement contribué à faire connaître au public romain, les richesses de la pensée hellénique en dehors du cercle de leurs intimes. Les esprits à Rome, étaient de plus en plus imprégnés de philosophie soit en entendant les représentants des différentes sectes que les circonstances avaient amenés chez eux, soit en cherchant dans leurs écrits la pensée des philosophes : ainsi après la prise d'Athènes, Sylla emporta avec lui à Rome, la riche

1. CICÉRON, *Brutus*, 27

2. CICÉRON, *Acad. post.*, II, 36.

3. CICÉRON, *Brutus*, 90 ; *Tusc.*, V, 39 ; *Ad. fam.*, XIII, 16.

4. PLUTARQUE, *Brutus*, 89.

5. PLUTARQUE, *Cicéron*, 3.—CICÉRON, *Acad. pr.*, II, 3 ; 20 ; 23.

6. CICÉRON, *Pro caelio*, 10.—STRABON, 17, 1, 11.

bibliothèque du philosophe péripatéticien, Apellicon de Téos. « Dès lors, les Romains purent lier connaissance, sans sortir de leur ville, avec les maîtres du Lycée »¹.

Mais de nombreux Romains sortirent aussi de leur ville, parcoururent la Grèce et entendirent les leçons de ses philosophes et de ses savants. Le germe qui allait transformer le monde romain ne cessait désormais de croître, et allait bouleverser le vieil ordre de choses.

Section II

Les Romains et les philosophes grecs hors de Rome

Les rapports entre Rome et l'Orient étant de jour en jour plus étroits, tandis que des ambassadeurs, des savants et des prisonniers affluaient à la ville, des généraux, des ambassadeurs, des gouverneurs, des soldats et des hommes d'affaires romains parcouraient la Grèce et s'imprégnaient toujours davantage de la civilisation hellénique. Les Romains étaient des disciples souvent peu commodes, mais qui s'adonnaient cependant avec zèle à ces études dont ils reconnaissaient les bienfaits, et qui étaient heureux d'ajouter à la vigueur de leur tempérament, la finesse d'esprit et la délicatesse des manières.

Ainsi la plupart des hommes qui avaient l'occasion de voir la Grèce ne manquaient pas de visiter les principaux centres de culture et de recueillir auprès des savants et des philosophes les richesses de la pensée grecque. Plus tard, des Romains fuyaient les bords du Tibre et cherchaient sur le sol attique un séjour de paix où laisser couler leurs jours dans un calme bienheureux.

Tous ces philhellènes plus ou moins avoués allaient ainsi à Athènes ou à Rhodes approfondir leurs connaissances.

Parmi les disciples du stoïcisme il faut citer Q. Mucius Scaevola, l'augure, le gendre de Laelius et le premier maître de Cicéron. Il avait été un des auditeurs de Panaetius. En

1. BESANÇON, *Les adversaires de l'hellénisme*, p. 195.— PLUTARQUE, *Sylla*, 26.

se rendant en 121 en Asie, à son poste de proconsul, il s'arrêta à Athènes et à cette occasion, ne se fit certainement pas faute d'entendre de nouveau le célèbre stoïcien, ainsi que les leçons des autres philosophes. C'est à Athènes, qu'il rencontra l'épicurien T. Albucius et qu'il le railla de sa grécomanie¹.

Cet Albucius vécut à Athènes dès son plus jeune âge et devint un épicurien accompli². Il se livra d'ailleurs avec ardeur à l'étude de cette doctrine. Etant retourné à Rome pour y briguer une charge publique, il obtint le gouvernement de la Sardaigne, mais fut accusé de concussion à son retour de sa province et s'exila alors à Athènes pour y passer le reste de ses jours, philosophant tranquillement³.

De plus en plus Athènes attirait les esprits amoureux de la culture hellénique : en 108, l'orateur L. Licinius Crassus, en revenant de Macédoine s'arrêta à Athènes. C'était un orateur d'une éloquence qui soulevait l'admiration de tous ses contemporains ; il possédait des connaissances approfondies dans tous les domaines : histoire, littérature et philosophie⁴. Cet homme si curieux des choses de l'esprit entendit à Athènes des philosophes de grande valeur : Charmadas, Clitomaque, Eschine, les chefs de la nouvelle académie, disciples de Carnéade. Là brillait aussi Métrodore de Stratonice, un autre disciple du néo-académicien. Crassus y vit encore Mnésarque, l'élève du stoïcien Panaetius et les péripatéticiens Critolaüs et Diodore, et « beaucoup d'autres personnages célèbres dans l'étude de la philosophie »⁵.

Une discussion vigoureuse eut lieu entre le néo-académicien Charmadas et l'orateur romain. Crassus, admirateur d'Aristote, reconnaissait comme le philosophe de Stagire, contrairement à Charmadas, qu'il fallait accorder à l'orateur beaucoup de connaissances. Celui-ci doit être philosophe et joindre à l'art de la parole la connaissance des mœurs, de la vertu et de la vie sociale⁶.

1. LUCILIUS, V. 986-992.—CICÉRON, *De fin.*, I, 3.

2. CICÉRON, *Brutus*, 35.

3. CICÉRON, *Tusc.*, V, 37.

4. CICÉRON, *Brut.*, 43 ; *De or.*, III, 32.

5. CICÉRON, *De or.*, I, 11.

6. CICÉRON, *De or.*, I, 11 ; 20 ; III, 27 ; 31.

En 102, cette discussion fut reprise avec M. Antoine, le célèbre orateur et on arriva à cette conclusion que « personne ne pouvait acquérir le talent de bien dire sans avoir commencé par s'instruire à l'école des philosophes »¹. Pendant ce séjour à Athènes, M. Antoine était l'hôte de Ménédème² et il vécut dans la société des maîtres les plus illustres : il y revit les mêmes philosophes que Crassus avait précédemment entendus³. Cet orateur était un fervent admirateur d'Aristote ; il avait lu la *Rhétorique* du philosophe péripatéticien et il écrivit même un petit ouvrage sur l'art oratoire, qui fut publié à son insu et contre son gré⁴.

De tels hommes, célèbres par leur éloquence et leur science, même malgré eux durent exercer une influence profonde sur leurs jeunes admirateurs et leur entourage. Ils croyaient que la philosophie était indispensable à l'orateur : ils ont donc contribué à former cette génération dont Cicéron était le plus illustre représentant et qui était tout imprégnée de philosophie.

Dans sa jeunesse Q. Caecilius Métellus, le Numidique avait assisté à Athènes, pendant plusieurs jours aux leçons du néo-académicien Carnéade, alors avancé en âge⁵. Plus tard, après avoir été supplanté par Marius à la tête de l'armée d'Afrique, il s'exila à Rhodes pour échapper aux poursuites de celui-ci et là il entra en rapport avec des professeurs d'éloquence et des philosophes.

Quelques années plus tard, en 87, puis en 83, Sylla séjourna à Athènes, il y fréquenta peut-être les écoles philosophiques⁶, mais ce despote et ce jouisseur n'était pas digne de recevoir les profonds enseignements de la pensée hellénique et d'ailleurs rien dans sa vie ne laissait voir qu'il en eût été touché.

Par contre, son proquesteur en Asie, L. Licinius Lucullus était un esprit curieux qui avait reçu une éducation littéraire

1. CICÉRON, *De or.*, I, 18.

2. CICÉRON, *De or.*, I, 19.

3. CICÉRON, *De or.*, I, 18.

4. CICÉRON, *De or.*, II, 36 ; 38 ; I, 21.

5. CICÉRON, *De or.*, III, 18.

6. HINSTIN, *Les Romains à Athènes*, p. 92. ,

excellente¹. Il s'était attaché à Antiochus d'Ascalon, le disciple de Philon de Larisse, le philosophe le plus fin et le plus profond de cette époque².

Alors que le proquesteur était à Alexandrie, et qu'il avait auprès de lui son ami Antiochus, il y rencontra Héraclite de Tyr, disciple de Clitomaque et de Philon. Une vive discussion eut lieu entre les deux philosophes académiciens à propos de deux livres que Philon avait récemment publiés, en présence de Lucullus et de ses amis P. et C. Selius et Tetrilius Rogus, qui étaient très versés dans la science philosophique³. Pendant plusieurs jours encore des conférences contradictoires furent faites par Antiochus que Lucilius aimait à entendre discourir contre les néo-académiciens⁴. A ces conférences étaient admis Héraclite et un grand nombre de savants, parmi lesquels étaient Aristus, le frère d'Antiochus et son futur successeur dans la chaire de l'Académie, Ariston, philosophe péripatéticien originaire d'Alexandrie, et l'académicien Dion, celui-là même qui avait été chargé d'une mission à Rome par les Alexandrins⁵.

Lucullus, plus tard, revenu à Rome se montra un philhellène accompli ; sa maison était ouverte aux artistes et aux savants grecs⁶ et il n'y a pas de doute qu'elle fût aussi un centre de haute culture où les Romains de qualité pouvaient aller puiser aux trésors de la science.

Un autre protégé de Sylla, C. Aurelius Cotta, banni de Rome en l'an 90, séjourna à Athènes et y entendit Philon et Zénon⁷. Il revint à Rome avec Sylla.

Le triumvir Marc-Antoine lui-même était également un esprit curieux : en 58, il alla en Grèce suivre les leçons des rhéteurs et des philosophes : il acquit des connaissances étendues, bien qu'il n'y séjourât pas longtemps⁸.

Mais depuis quelques années déjà, la Grèce était devenue

1. PLUTARQUE, *Lucullus*, 1.

2. CICÉRON, *Acad. pr.*, II, 35.

3. CICÉRON, *Acad. pr.*, II, 4.

4. Son système était fortement mêlé de stoïcisme (*Acad. pr.*, II, 22).

5. DIOG. LAERCE, VII, 2, 9 ; Anonymi vita Aristotelis (Ed. Didot), p. 13.

6. BESANÇON, *Les adversaires de l'hellénisme*, p. 202.

7. CICÉRON, *De nat.*, II, 21.

8. BESANÇON, *op. cit.*, p. 223.

la terre d'élection des jeunes Romains amoureux des choses de l'esprit et ardents à s'instruire. Aussi lorsqu'en 79, Cicéron arriva à Athènes, il y rencontra son ami Atticus : celui-ci était devenu un Grec accompli. Cicéron avait aussi auprès de lui à Athènes, son frère Quintus et son cousin Lucius ; il y vit M. Pupius Pison Calpurnianus qui possédait de grandes connaissances et était un philosophe accompli¹. Celui-ci avait chez lui, à Rome, le péripatéticien Staséas² et lui-même était un très ardent admirateur d'Aristote et de Platon : « Etudie ces grands génies, dit-il à Lucius Cicéron ; sans leurs écrits, sans leurs leçons, il n'y a pas de philosophie, pas d'histoire, pas d'éloquence »³.

César aussi était un esprit très délicat, et un fin lettré ; en voyage, dans les provinces, il réservait aux rhéteurs et aux philosophes grecs les premières places à sa table⁴.

Son adversaire Pompée était lui également un admirateur intelligent de la civilisation grecque. A Rhodes, il assista aux discussions des sophistes et il se fit un agréable devoir d'aller rendre visite au stoïcien Posidonius d'Apamée⁵. A Athènes, il traita les philosophes avec bienveillance et il se montra un philhellène parfait en donnant de l'argent pour faire réparer les édifices publics⁶.

Mais de cette génération de philhellènes, Cicéron était assurément le représentant le plus significatif. Après avoir assisté à Rome aux leçons de l'épicurien Phèdre, de Philon de Larisse et du stoïcien Diodote⁷, il se rendit à vingt-huit ans à Athènes où il demeura six mois auprès d'Antiochus d'Ascalon : « Je repris, dit-il avec ce guide habile, avec ce maître accompli, l'étude de la philosophie que je n'avais jamais abandonnée, et que depuis ma première jeunesse j'avais toujours cultivée en y ajoutant de nouvelles connaissances »⁸. Pour se perfectionner dans l'art de la parole, il

1. CICÉRON, *Brutus*, 67.— HINSTIN, *op. cit.*, p. 87.— BESANÇON, *op. cit.*, p. 238-241, p. 278-279.

2. CICÉRON, *De or.*, I, 22.

3. CICÉRON, *De fin.*, V, 2 ; 3.

4. SUÉTONE, *César*, 48.

5. CICÉRON, *Tusc.*, II, 25.— PLINE, *H. N.*, 7, 31, 112.

6. PLUTARQUE, *Pompée*, 42.

7. CICÉRON, *Ad fam.*, XIII, 1 ; *De nat.*, I, 33 ; *De fin.*, I, 5.

8. CICÉRON, *Brutus*, 91.

parcourut ensuite toute l'Asie et se rendit à Rhodes pour entendre les leçons de Molon. Là il reçut aussi les leçons du stoïcien Posidonius, à la suite de quoi, il chercha, comme son maître Antiochus, à concilier dans sa philosophie, le stoïcisme et la doctrine de l'Académie¹. Si l'éloquence rhodienne lui a rendu de grands services, cependant c'est à la philosophie de l'art oratoire qu'il revint finalement : ce sont des jardins de l'Académie, dit-il, qui ont fait de lui un orateur². « Vous n'ignorez pas, dit-il ailleurs, que les hommes les plus éclairés regardent cette étude, que les Grecs appellent la philosophie, comme la source et la mère de toute bonne doctrine et de tous les arts honorables »³. Durant son séjour à Athènes, Cicéron eut aussi l'occasion d'entendre l'épicurien Zénon de Sidon, celui que Philon appelait le coryphée des épicuriens.⁴ Il lut et médita la philosophie d'Aristote, apprit par cœur les *Topiques* du péripatéticien, au point qu'il put, un jour, les traduire de mémoire⁵.

Athènes, ce berceau de la philosophie, attirait irrésistiblement Cicéron. Aussi, en 52, lorsqu'il obtint le gouvernement de la province de Cilicie, ne manqua-t-il pas de s'y arrêter en allant prendre possession de son poste. Il écrivit à Atticus que tout le charma à Athènes, mais surtout la philosophie⁶. En effet Aristus avait succédé à son frère Antiochus dans la chaire de l'Académie, et c'était chez lui que Cicéron était descendu. C'était un bonheur pour le philosophe romain, de discuter philosophie, dans ce cercle que présidait Aristus, et qui était composé également de Quintus Cicéron et de l'épicurien L. Saufeius⁷. Avant de revenir à Rome, Cicéron, plus tard, voulait encore s'arrêter dix jours entiers dans la ville des philosophes⁸. Décidément il ne put résister au charme de la Grèce, lui qui porta à son apogée l'idéal de la formation gréco-latine et qui le réalisa dans sa vie.

1. CICÉRON, *Brutus*, 91.— HINSTIN, *op. cit.*, p. 110-114.— BESANÇON, *op. cit.*, p. 286.

2. CICÉRON, *Orat.*, 3.

3. CICÉRON, *De or.*, I, 3.

4. CICÉRON, *Acad. post.*, I, 12.

5. CICÉRON, *Top.*, 1.

6. CICÉRON, *Ad Attic.*, V, 10.

7. HINSTIN, *op. cit.*, p. 138 et note 1 même page.

8. CICÉRON, *Ad attic.*, V, 11 ; *Ad fam.*, II, 8.

Au moment des campagnes de Pompée, de nombreux Romains pouvaient réaliser le rêve de leur vie : voir la Grèce et entendre ses maîtres. Pendant la guerre des pirates, T. Varron, un des lieutenants de Pompée, chargé avec Plotius Varus du commandement de la flotte entre Délos et la Sicile, ne put laisser échapper une belle occasion d'aller à Athènes, entendre ses philosophes. C'était certainement un grand plaisir pour lui de revoir le lieu où dans sa jeunesse il avait reçu les leçons de l'académicien Antiochus. C'était un homme remarquable par la variété de ses connaissances¹.

A l'époque de la rivalité entre César et Pompée et de la bataille de Pharsale, se trouvait à Athènes un ancien pompéien, rallié à César : Servius Sulpicius, l'ami de Cicéron « le prince des jurisconsultes » (Cicéron, *Brutus*, 91). Celui-ci était alors gouverneur de l'Achaïe et il résidait à Athènes bien que cette ville restât libre et alliée à Rome, après la réduction de l'Achaïe en province. Il était un élève des philosophes et des orateurs grecs. « On trouverait difficilement, disait de lui Cicéron, quelqu'un qui se fût appliqué plus que lui aux bonnes études de toute espèce. Dès nos plus jeunes années nous nous sommes livrés aux mêmes exercices ; puis il est parti avec moi pour Rhodes, afin d'en revenir meilleur et plus instruit »². C'est à la doctrine stoïcienne que Servius s'adressa surtout, à « cette école de savants jurisconsultes romains, comme des irréprochables gouverneurs »³. Il consacrait tous ses loisirs à l'étude de la philosophie. Pendant son proconsulat, les affaires publiques, l'occupaient tellement qu'il se plaignit un jour à Cicéron de n'avoir pas assez de temps pour se livrer à ses études favorites : « Il te reste les nuits »⁴, lui répondit Cicéron. C'est à cet homme en qui « seul résidait la véritable science du droit »⁵, à ce disciple des philosophes grecs, que revint l'honneur d'avoir transformé le droit romain.

Brutus était le plus illustre représentant des derniers

1. CICÉRON, *Acad. post.*, I, 3 ; *Ad Attic.*, XIII, 18.

2. CICÉRON, *Brutus*, 41.

3. HINSTIN, *op. cit.*, p. 151.

4. CICÉRON, *Ad fam.*, IV, 4.

5. CICÉRON, *Brutus*, 41.

républicains qui sont allés demander à la Grèce l'éducation philosophique et oratoire destinée à faire d'eux de nobles citoyens de la République. Il termina à Athènes, sa formation philosophique, auprès d'Aristus¹. Il s'attacha d'ailleurs profondément à la doctrine d'Antiochus, en s'éloignant du probabilisme de Cicéron, pour remonter jusqu'à l'ancienne Académie et à Platon : aussi reçut-il le surnom d'Antiochien².

Dans les dernières années de la République et sous l'Empire, les Romains continuaient à se rendre en Grèce pour demander à ses maîtres un complément de formation et pour y goûter les plaisirs de l'esprit. Mais dorénavant Rome pouvait se passer de la Grèce. Les leçons des philosophes n'avaient pas été inutiles : de nombreux disciples cherchaient à réaliser dans leur vie l'enseignement qu'ils avaient reçu et propageaient autour d'eux les doctrines apprises. Des philosophes romains transmettaient à leur tour la pensée grecque et la faisaient pénétrer de plus en plus dans les mœurs romaines.

1. CICÉRON, *Brutus*, 97.

2. CICÉRON, *Ad Attic.*, XIII, 25.

CHAPITRE II

LES ROMAINS DISCIPLES DES GRECS ET LES PHILOSOPHES ROMAINS

§ I. *Le tempérament romain et la philosophie*

On sait combien les Romains étaient peu originaux en philosophie. Par tempérament, ils étaient très pratiques et ils avaient horreur de la spéculation pure, pour elle-même. Ils furent des disciples assez dociles entre les mains des philosophes grecs, ils reçurent la science nouvelle qu'on leur apportait, avec beaucoup de zèle et d'enthousiasme, mais leurs maîtres auraient été déçus s'ils avaient pensé trouver devant eux des esprits souples et des jongleurs intellectuels. Rechercher la philosophie pour elle-même et la vérité pour avoir la joie de la trouver était chose inadmissible pour les Romains : beaucoup d'entre eux n'avaient que du mépris pour les Grecs « bavards et oisifs ». Mais, portés par nature à rechercher en toutes choses la fin utile, ils consentaient à demander à la philosophie une occupation intéressante ou une consolation aux heures douloureuses de l'existence. Ils lui assignaient un rôle de formation des caractères ; ainsi pour Varron, elle doit servir à rendre l'homme « bonus et beatus ». « Si dans mes ouvrages, dit Cicéron, j'ai bien fait de louer la philosophie, il faut reconnaître que cette étude est très digne des hommes les plus vertueux et les plus distingués »¹. On demandait encore à cette science des

1. CICÉRON, *Acad. pr.*, II, 2 : « Ce que les Romains demandaient à la philosophie, c'était de leur former le caractère, de les éclairer sur les obligations morales de l'homme, sur les conditions nécessaires au bonheur et sur les moyens de les remplir » (ZELLER, *Gesch. der griechen philosophie...*, p. 19).

secrets pour former des orateurs, des écrivains ou des hommes d'Etat. C'est ainsi que Quintilien appréciait les différents systèmes philosophiques seulement au point de vue du parti qu'on pouvait en tirer pour la préparation à l'éloquence¹. Aussi de toutes les parties de la philosophie, celle qui avait la plus grande faveur auprès des auditeurs romains était la morale. Celle-ci est éloignée des abstractions ; elle s'adresse à la conduite des hommes : les philosophes étaient sûrs de se faire comprendre de leurs disciples du Latium peu habitués à planer dans le domaine du peu intelligible, quand ils traitaient devant eux ces questions concrètes qui intéressent l'homme et ses relations avec ses semblables. Et encore fallait-il que cette morale ne s'éloignât pas de la réalité tangible comme celle de l'ancien Portique très peu pratique. Cette partie de la philosophie a donc exercé l'influence la plus profonde et la plus durable sur les mœurs, sur les institutions et sur le droit de Rome.

En dépit de cela, la philosophie paraissait si peu conforme au génie latin que les écrivains philosophiques, pour ne pas indisposer leurs lecteurs s'excusaient de s'être livrés à cette étude et d'en parler dans leurs ouvrages². D'autres recommandaient de ne pas trop en faire : « Degustandum ex philosophia, dit Aulu-Gelle, non in eam ingurgitandum ». De même Ennius faisait dire à un personnage de tragédie : « Il est bon de philosopher, mais peu, car il ne convient pas d'en faire toujours »³. Tacite disait de son beau-père Agricola que dans sa jeunesse il s'était adonné à la philosophie avec ardeur, plus même qu'il ne convenait à un Romain et surtout à un sénateur⁴. « Grec et escolier, dit Montaigne, étaient mots de reproches entre les Romains et de mespris »⁵. Et cependant nombreux étaient les esprits qui s'étaient ouverts à l'étude de la philosophie.

1. QUINTILIEN, XII, 2, 24.

2. Cf. CICÉRON, *De off.*, II, 1.

3. Reliq. (Ed. VAHLEN), p. 145.—AULU-GELLE, V, 15.

4. TACITE, *Agricole*, 4.

5. MONTAIGNE, *Essais*, I, 24.

§ II. *La philosophie romaine sous la République*

Le théâtre et la littérature, depuis le VI^e siècle de Rome, avaient accoutumé le peuple à entendre parler de philosophie, et même avaient répandu des parcelles de cette science, mais on ne s'arrêtait définitivement à aucun système en particulier. Carnéade et son ambassade avaient jeté tout à coup la lumière, mais si l'enthousiasme avait été considérable chez les Romains, on ne pouvait cependant s'attacher à leurs doctrines : il fallait encore du temps pour que l'intelligence romaine s'adaptât aux théories professées par Diogène et Critolaüs ; et Carnéade paraissait trop subversif. Mais le système qui le premier eut une influence prépondérante sur les Romains, était le stoïcisme, surtout tel qu'il était présenté par Panaetius, esprit souple qui sut l'accommoder à l'esprit des Romains. Ce système était le plus conforme aux tendances nationales ; la vertu austère des Fabius, des Camille, des Scaevola, la loi de l'effort, de l'abnégation et du renoncement en vue de l'intérêt de la patrie, étaient tout aussi bien l'idéal du stoïcisme. Celui-ci était donc apte à développer encore davantage ces dispositions du tempérament romain : l'indépendance d'âme que le stoïcien affichait et la maîtrise de soi qu'il prêchait, avaient assurément de quoi plaire aux rudes descendants de Romulus. Aussi comptait-on de nombreux stoïciens parmi les Romains. Nous savons que les habitués du cercle de Scipion Emilien étaient des fervents auditeurs de Panaetius et devinrent même des disciples très zélés. Cicéron nous apprend que Scipion après avoir reçu les leçons et les préceptes du stoïcien Panaetius, adoucit son caractère au lieu de l'endurcir¹. Son ami Laelius joignit à la « gravitas » romaine la plus exquise urbanité. Le jurisconsulte et philosophe Q. Aelius Tubero chercha à réaliser dans sa vie l'idéal stoïcien ; il passait ses jours et ses nuits à étudier la doctrine du Portique². Q. M. Scaevola, l'augure, était aussi un ami de

1. CICÉRON, *Pro Murena*, ch. 31.

2. CICÉRON, *Brutus*, 31.— POMPONIUS, *D.*, I, 2, 2, 40.— AULU-GELLE, I, 22 : « Tubéron était très versé dans la philosophie stoïcienne et possédait à fond la dialectique ».— CICÉRON, *De or.*, III, 23.

Panaetius¹. C'était un esprit remarquable par sa science du droit et par sa sagesse². Un autre jurisconsulte de valeur, P. Rutilius Rufus, disciple de P.M. Scaevola, fut un stoïcien très austère³. Traduit en justice et accusé pour sa probité rigide, il perdit volontairement son procès et préféra se laisser exiler à Smyrne plutôt que de recourir pour se défendre, à des procédés qu'il désavouait⁴. Il faut mentionner aussi le jurisconsulte M. Manilius, l'un des fondateurs du droit civil⁵, qui fut un habitué du cercle de Scipion et un fidèle disciple de Panaetius. Les autres stoïciens étaient L. Furius, Sp. Mummius et C. Fannius⁶. En dehors du groupe de Scipion, on trouvait d'autres disciples du Portique, non moins remarquables, tel Tiberius Gracchus qui eut pour guide Blossius de Cumes et qui rêvait d'une humanité idéalisée, vivant dans la plus parfaite justice, d'une cité universelle où selon la philosophie stoïcienne, les barrières du nationalisme disparaîtraient, ainsi que les inégalités sociales⁷; tel encore Q. Mucius Scaevola P.-M. qui le premier introduisit dans l'exposition du droit l'esprit de système professé par le stoïcisme⁸. Sextus Pompeius apportait à sa science du droit civil sa profonde connaissance de la géométrie et du stoïcisme⁹. D'autres ont été aussi des disciples zélés du Portique : C. Vellius, S. et Q.-L. Balbus et L. Aelius Stilo qui le premier jeta les bases scientifiques pour les recherches linguistiques et archéologiques, qui fut le maître de Varron et exerça par sa science linguistique une influence heureuse sur le droit romain¹⁰.

« Pendant toute la période qui va de 650 à 675, les

1. CICÉRON, *De or.*, I, 11.

2. CICÉRON, *Brutus*, 26.

3. On lui doit l'« actio rutiliana » (GAIUS, IV, 35) et l'édit sur les droits des patrons (*D.*, XVIII, 2, 1, 1). V. A. L'OISEL, dans opuscules divers (1652) : *Vie de P.R. Rufus, jurisconsulte stoïcien*.

4. CICÉRON, *Brutus*, 30 ; *De or.*, I, 5, 3.

5. *D.*, I, 2, 2, 39.

6. CICÉRON, *De rep.*, ch. 9 à 13.

7. PLUTARQUE, *Tib. Gracc.*, 8 et 20.- BESANÇON, *op. cit.*, p. 172.- Sur la conception de la cité universelle et de l'égalité de tous les hommes dans le stoïcisme. Cf. DENIS, *Histoire des théories et idées morales dans l'Antiquité*, II, p. 69-93.

8. TEUFFEL, *Histoire de la littérature romaine*, I, p. 233, N° 154 1.

9. CICÉRON, *Brutus*, 47 ; *De or.*, I, 15 ; III, 21 ; *De offic.*, I, 6.

10. CICÉRON, *De or.*, III, 21 ; *De nat.*, I, 6 ; *Brutus*, 56.

Romains n'eurent guère le loisir de se livrer aux études philosophiques; ceux qui s'y adonnèrent néanmoins se divisent assez régulièrement en deux parties : les juristes sont stoïciens, les orateurs suivent les doctrines péripatéticiennes ou celles de la nouvelle Académie »¹.

Le stoïcisme en effet apparaissait comme peu propre à la formation des orateurs, avec sa doctrine austère, son langage dur et dénué d'artifices et sa dialectique toute sèche et purement logique². Aussi parmi les orateurs, nombreux étaient les disciples d'Antiochus d'Ascalon ou de Philon de Larisse, le chef de l'Académie, tels Q.-L. Catulus, C. Cotta et L. Lucullus³. D'autres étaient de fervents admirateurs d'Aristote et de Platon, tels L. Licinius Crassus et M. Antoine, qui revendiquaient avec ces maîtres l'alliance de la philosophie et de la rhétorique en vue de la formation des orateurs⁴. M.-P. Pison, le contemporain de Cicéron, mais plus âgé que lui, était aussi un péripatéticien : il avait chez lui le philosophe Staséas, qui l'avait amené à professé cette doctrine⁵.

L'épicurisme convenait à des gens qui fuyaient les luttes politiques pour jouir des douceurs de la vie : il eut de nombreux adeptes, les Atticus, les Papirius Paetus, les Rabirius, les Catius et les Amafinius. Le plus illustre représentant de l'épicurisme était assurément Lucrèce qui traita de la physique, de la psychologie et de la morale d'Epicure, dans son poème didactique, le *De rerum natura* : l'auteur a su vaincre les difficultés d'une telle entreprise, et son mérite fut grand de traduire cette doctrine dans une langue peu apte à recevoir une telle pensée. Cette œuvre, malgré son austérité, a exercé sur les contemporains d'Auguste une influence prépondérante⁶.

Cependant au temps de Cicéron, les Romains ne s'atta-

1. TEUFFEL, *op. cit.*, I, p. 246 (N° 161).

2. CICÉRON, *De or.*, III, 18; *De fin.*, IV, 28; *Brutus*, 30.—QUINTILIEN, X, 1, 84.

3. CICÉRON, *Acad. pr.*, II, 48; 2; *De nat.*, I, 7; II, 1; *De divin.*, I, 5.—PLUTARQUE, *Luc.* 1.

4. CICÉRON, *De or.*, II, 38; 27; 31; I, 20. Cf. STAHR, *Aristoteles bei den Römern*, p. 15-16.

5. CICÉRON, *De or.*, I, 22; *De nat.*, I, 7; *Ad Att.*, XIII, 19.

6. TEUFFEL, *op. cit.*, I, p. 359.

chèrent plus à un système déterminé. Lucrèce et Caton le Jeune, qui avait mis en honneur la philosophie stoïcienne qu'il professait publiquement et dont il pratiqua avec rigueur les principes à l'occasion de sa mort¹, étaient à peu près les seuls philosophes de cette période qui se fussent adonnés spécialement à une doctrine. Au contraire, les écrivains adoptaient une nouvelle méthode : ils puisaient dans les différents systèmes ce qui leur convenait. Ainsi Varron était stoïcien pour la dialectique, la théologie et la philosophie de la nature, s'attachait à la nouvelle Académie pour la morale. Au contraire, M. Brutus était stoïcien en morale et pour tout le reste, adoptait la doctrine académique². Cicéron penchait vers le probabilisme de la nouvelle Académie, et en morale vers l'idéalisme stoïcien. Dans ces dernières années de la République Varron et Cicéron étaient les deux écrivains et philosophes, dont l'influence fut la plus considérable sur les Romains. Varron n'était pas sans doute un esprit très profond, mais il avait une culture universelle, et était un écrivain remarquable par sa fécondité et la variété des sujets qu'il traitait. Il a contribué par son œuvre encyclopédique à répandre la connaissance de la philosophie dans le public romain³.

Cicéron a eu le mérite d'avoir doté la langue latine d'un riche vocabulaire philosophique et de l'avoir rendue propre à exprimer les subtilités de la pensée. Il a rendu aux Romains le service d'avoir mis à leur portée les différents systèmes qui se partageaient les esprits en Grèce. En effet Cicéron était un éclectique, et « il possédait à un degré étonnant le don de s'assimiler les éléments étrangers et de les rendre dans un langage limpide après leur avoir fait subir un travail intérieur »⁴. Au début de sa vie, il considéra les études philosophiques comme un moyen de compléter son

1. CICÉRON, *Brutus*, 31.—PLINE, *H.N.*, 7, 30, 113.—PLUTARQUE, *Cal. min.*, 4, 10 et 16, 65.

2. Cf. TEUFFEL, *op. cit.*, I, p. 90.

3. Cf. TEUFFEL, *op. cit.*, I, p. 270, N° 167. « Le « *de lingua latina* » trahit une influence considérable des stoïciens ». Il a écrit aussi des traités de philosophie : *de forma philosophiae*, L. II ; *de philosophia et de principiis numerorum*.

4. TEUFFEL, *op. cit.*, I, p. 286, n° 177.

éducation oratoire¹. Mais plus tard lorsqu'il dut renoncer à la vie publique et se trouva écarté des affaires, pour se consoler de cette inaction forcée, il s'adonna à la philosophie. Il composa alors un grand nombre d'ouvrages philosophiques, qui étaient calqués plus ou moins fidèlement sur leurs sources grecques. Il y exposait, sur les divers problèmes de la vie intellectuelle, morale, religieuse et même politique, les opinions des divers philosophes grecs. Son éclectisme était ainsi un bien pour les Romains : par lui, les différentes conceptions philosophiques des sectes grecques pouvaient pénétrer plus largement chez eux. Ainsi, le *De republica* expose la conception de l'Etat d'après Aristote, Platon et même Polybe et Théophraste² ; le *De legibus*, inspiré de Platon et de Chrysippe ne pouvait manquer assurément d'impressionner les contemporains de Cicéron, en les plaçant en présence du problème de la loi tel que le comprenaient les philosophes. Dans les *Paradoxa*, sont étudiés quelques points curieux de la doctrine stoïcienne, et à propos de la question du souverain bien et du souverain mal, le *De Finibus bonorum et malorum* compare les théories de Zénon, Phèdre, Chrysippe et Antiochus d'Ascalon. On trouve même un aperçu intéressant de la philosophie grecque de Socrate à Arcésilas dans les *Académiques* et une étude très précieuse des systèmes d'Antiochus d'Ascalon et de Philon, ainsi que ceux de Carnéade et de la nouvelle Académie. Les *Tusculanes* révèlent les doctrines de Platon, des stoïciens et même des péripatéticiens sur les conditions nécessaires au bonheur de la vie. Les opinions professées par les diverses sectes philosophiques sur la religion sont exposées dans le *De natura deorum*, le *De divinatione* et le *De fato*. Enfin le *De officiis*, inspiré de Panaetius, de Posidonius, de Diogène de Babylone et aussi de Platon et d'Aristote est intéressant au point de vue des opinions d'un homme d'Etat romain sur divers problèmes moraux : ce sont en effet des vues pratiques qui

1. CICÉRON, *Parad. præm.*, 2, *Brutus*, 43 ; 91 ; 93 ; *Tusc.*, IV, 4 ; V, 29 ; *De nat.*, I, 35.

2. Pour les sources des ouvrages philosophiques de CICÉRON, lire la thèse érudite de C. THIAUCOURT, *Essai sur les traités philosophiques de Cicéron et leurs sources grecques*.

ne démentent point le tempérament latin, et comme telles n'avaient que plus de prise sur l'esprit des Romains.

Ces productions philosophiques et d'autres encore en grand nombre ont été précieuses dans l'évolution de la pensée romaine. On pouvait désormais se passer des maîtres grecs, et on trouvait des philosophes qui vulgarisaient ainsi dans la langue latine les trésors de la sagesse grecque : l'idiome national en était pour ainsi dire imprégné et les Romains s'en pénétraient d'autant plus profondément que cette « sagesse grecque s'était, en passant en latin, dépouillée de sa hardiesse spéculative pour devenir plus raisonnable et plus pratique »¹.

§ III. *La philosophie romaine sous l'Empire*

Avec l'avènement d'Octave, la République ne fut sans doute pas abolie, mais les institutions politiques perdirent leur contenu véritable et se vidèrent pour ne garder que leur apparence. Sauf le nom, c'était déjà la monarchie : bon gré, mal gré, sincèrement ou par politique, tout le monde se rallia au nouveau régime. Mais, désormais, des limites étaient imposées à l'activité des citoyens romains ; aussi cherchait-on dans les lettres un dérivatif à cette inaction que commandait la situation. Beaucoup s'adonnaient à la philosophie et penchaient vers l'épicurisme qui teintait leur âme d'une mélancolique résignation. D'autres y cherchaient des règles de conduite. Cependant cette époque ne fournit pas un grand nombre de philosophes dans le sens complet du mot : les productions philosophiques elles-mêmes n'étaient pas abondantes, bien que cette science trouvât alors des encouragements en haut lieu, et dans l'intérêt que lui portait la société. Auguste lui-même en effet composa des *Hortationes ad philosophiam*². Les seuls penseurs originaux étaient : Q.-S. Niger, le père et le fils, Papirius Fabianus et un disciple de Niger, L. Crassicius.

Q.-S. Niger le père, homme d'une grande force d'âme,

1. THIAUCOURT, *op. cit.*, *Introd.*, p. 5.

2. SUÉTONE, *Aug.*, 85.

nous dit Sénèque, chercha à réaliser dans sa vie l'idéal de la vertu. Il a laissé des *Sentences* en grec d'une grande élévation de sentiments. Il répandit également la connaissance de l'histoire naturelle par son ouvrage *περὶ ὕλης* ¹.

Papirius Fabianus, remarquable par sa science et son éloquence, organisait des conférences publiques sur la philosophie, et avait parmi ses auditeurs le philosophe Sénèque ². Il écrivit aussi un grand nombre d'ouvrages philosophiques, presque autant que Cicéron dit Sénèque ³.

Toutefois si la sagesse n'était pas pour beaucoup une fin exclusive dans leur activité intellectuelle, l'étude en fut très répandue. Virgile étudia avec beaucoup d'ardeur la philosophie et suivit les leçons de l'épicurien Siron, avec le jurisconsulte Alfénus Varus ⁴. Horace avait commencé par professer la doctrine épicurienne, mais il céda bientôt à sa sympathie pour le stoïcisme et estima beaucoup le caractère sérieux de la morale stoïcienne ⁵. Tite-Live publia même des écrits philosophiques sous forme de dialogues ⁶. Le jurisconsulte Antistius Labéon lui-même possédait de vastes connaissances dans le domaine de la philosophie et des autres arts ⁷.

Mais désormais la philosophie s'intéressa de plus en plus à l'étude des sciences physiques ⁸ : Sextius Niger, Papirius Fabianus et plus tard Sénèque et Pline l'ancien étudièrent particulièrement ces questions de sciences naturelles. Ces connaissances permirent de mieux approfondir les questions juridiques et de résoudre certains problèmes de droit.

Cependant après Auguste, le despotisme tendait à remplacer la monarchie : l'empereur devenait de plus en plus le souverain unique dont la volonté s'imposait tyranniquement à tous. Il s'en suivait un complet anéantissement de

1. SÉNÈQUE, *Ep.*, 59, 64.

2. SÉNÈQUE, *Ep.*, 40, 52, 100.

3. SÉNÈQUE, *Ep.*, 100.

4. TEUFFEL, *op. cit.*, I, n° 208, 3 ; II, n° 224, 3.

5. HORACE, *Sat.*, I, 5, 101 ; *Ep.*, I, 4, 16 ; I, 1, 17.

6. SÉNÈQUE, *Ep.*, 100.

7. AULU-GELLE, XIII, 10. Voir dans BORCHERT : *Num. Ant. Labeo stoicae philosophiae fuerit addictus*, les controverses sur le point de savoir si Labéon était stoïcien.

8. VITRUVÉ, I, 1, 7.

l'individualité, du moins dans ses manifestations extérieures : il n'y avait plus d'initiative personnelle, et chacun se repliait sur lui-même, cherchant dans l'activité intérieure une compensation à l'inaction extérieure. Dans cette société en décadence, où l'individu trouvait partout des limites, où il ne pouvait s'épanouir pleinement, où de toutes parts une volonté étrangère pesait sur lui, il devait fatalement se concentrer dans son for intérieur et donner à cette concentration de la pensée beaucoup plus de profondeur. C'est alors que l'observation psychologique se développa, et on peut noter le contraste étrange que présenta la société romaine à l'époque impériale : d'une part, c'était l'agitation la plus extravagante qui s'emparait de tous les esprits et d'autre part, pour un grand nombre, le souci de perfection, le recueillement intérieur. Beaucoup alors se réfugièrent dans le stoïcisme¹. Dans un siècle de bassesse, de servilité des riches et des grands, de délation, d'insolence et d'avidité, le stoïcisme grandit dans la lutte de l'esprit contre la brutalité.

Sans négliger la physique qui avait une si grande importance dans le système de Zénon et de Chrysippe², les nouveaux stoïciens portaient leur attention sur la morale. Il s'agissait moins de discourir sur le monde, sur la nature des choses que de trouver une consolation aux afflictions qui oppressaient les âmes, un remède aux maux qui s'abattaient de toutes parts. Le ton de la prédication remplaça donc la discussion philosophique. Les principes généraux de la morale qui avaient été établis par les premiers stoïciens, il importait de les appliquer³. Le stoïcisme, cette philosophie qu'on nous peint si dure et si dépourvue d'entrailles, avait pénétré profondément dans les mœurs des hautes classes de Rome⁴. C'était une mode pour les patriciens et les riches d'attacher un philosophe à leur personne. En effet « les plus honnêtes gens s'étaient jetés dans le sein de la philo-

1. C. MARTHA, *Les moralistes sous l'empire romain*, p. 3.

2. SÉNÈQUE dans les « *Questions naturelles* » (prol. 4) reconnaît qu'on doit appuyer la morale sur une connaissance générale de la nature. — EPICTÈTE s'appuie sans cesse sur la physique dans ses discussions.

3. SÉNÈQUE, *Ep.*, 64.

4. Cf. DENIS, *Histoire des théories et idées morales dans l'Antiquité*, II, p. 67.

sophie, autrefois si suspecte et si décriée à Rome, et lui demandaient pour eux-mêmes ou pour leurs enfants une discipline morale. Les philosophes n'étaient plus de simples professeurs, ils devenaient les conseillers des grands, souvent de vrais directeurs de conscience ... exerçant une sorte de libre sacerdoce »¹. Beaucoup même payèrent de leur vie ou de leur liberté leurs exhortations à la grandeur d'âme : le philosophe stoïcien Musonius Rufus fut condamné à l'exil, parce qu'en enseignant la sagesse, il entretenait les nobles ardeurs des jeunes gens².

C'est que le philosophe ne recherchait plus la sagesse pour se délecter, en lui seul, de sa possession. Il considérait comme une mission qui lui incombait, de la répandre autour de lui, de la recommander à tous les hommes, de les éclairer et des les aider dans les misères morales de l'existence³. Si les particuliers ne voulaient pas entendre ses conseils, il s'adressait au public ; ses leçons finiraient par être entendues. Il répandrait la vérité coûte que coûte et persévérerait jusqu'à ce que les âmes acceptassent de la recevoir, sans cependant sortir des limites de la discrétion et en évitant de blesser. Car personne, pensait-il, n'est assez fort pour émerger du vice de ses propres forces, et il faut que quelqu'un lui tende la main et le tire de là. Il faut aux âmes un gardien qui contrebalance par ses opinions les maximes du monde et redresse leurs jugements⁴.

Et tous les philosophes moralistes de l'Empire, par des lettres de direction spirituelle, par leur enseignement, répandaient dans le monde romain les plus nobles principes de la sagesse humaine, qui contribuèrent à transformer les mœurs et la législation.

C'était un thème favori des moralistes, de proclamer avec le stoïcisme que l'âme fait seule la noblesse. « A quoi te sert, écrit Juvénal, d'avoir le rang que te donne une race ancienne ... ? La seule et unique noblesse, c'est la vertu »⁵.

1. C. MARTHA, *Les moralistes sous l'Empire romain*, p. 104.— DENIS, *op. cit.*, p. 67.

2. TACITE, *Ann.*, XIV, 59. — XV, 71.

3. SÉNÈQUE, *Ep.*, 6.

4. SÉNÈQUE, *Ep.*, 89, 29, 52, 94 ; *De ira.*, III, 36.— PERSE, *Sat.*, V, 19-37.

5. JUVÉNAL, *Sat.*, VIII, 1-2, 20.

« C'est la disposition de l'âme qui rend l'homme noble, puisque de quelque condition qu'il soit, elle peut l'élever au-dessus de la fortune »¹. Aussi esclaves et maîtres ont-ils tous les mêmes titres de noblesse, qui sont dans la parenté de notre raison avec la raison divine. Et alors, dans ce siècle où les forts triomphaient des faibles, où les maîtres souvent exerçaient une honteuse tyrannie sur leur domesticité, et tandis que l'empereur venait d'envoyer au supplice 400 esclaves innocents, parce que l'un d'eux avait assassiné son maître², la voix des philosophes s'élevait pour proclamer l'égalité morale de tous les hommes devant la nature : « L'âme et le corps des esclaves sont faits de la même matière que les nôtres »³ affirmaient-ils, et « c'est une erreur de croire que la servitude descende dans l'homme tout entier : la plus noble partie de lui-même en est exempte. Le corps seul est l'esclave et la propriété du maître ; l'âme s'appartient à elle-même : elle est libre et rien ne peut l'empêcher de s'élever, de s'élancer dans l'infini, compagne des célestes intelligences »⁴.

Ce n'était pas seulement l'égalité des maîtres et des esclaves que les philosophes proclamaient ainsi, c'était aussi l'égalité de tous les hommes, qu'ils fussent Romains, Grecs ou barbares⁵. Par là, ils condamnaient le patriotisme étroit des Romains et préparaient la voie à l'extension de plus en plus large de la législation romaine. Plus d'inégalité entre l'homme et la femme, enseignaient Musonius et Dion, à la suite d'Antipater : « elle est la compagne et non la servante de l'homme »⁶.

Tous ensemble, philosophes, poètes, rhéteurs flétrissaient avec indignation l'abandon des enfants, l'infanticide par l'exposition ou l'avortement, malheureusement trop fréquents dans la débauche générale. L'on s'indignait tout

1. SÉNÈQUE, *Ep.*, 44. Cf. SÉNÈQUE, *Rh. Controv.*, I, 6 ; III, 9 ; VII, 6.

2. TACITE, *Ann.*, XIV, 42-45.

3. JUVÉNAL, *Sat.* XIV, 16-17.

4. SÉNÈQUE, *De benef.*, III, 20. Cf. aussi *op. cit.*, III, 18, 19, 22, 28, 29.— VALÈRE MAXIME, III, 3.— QUINTILIEN, III, 8.— EPICTÈTE, *Entret.*, I, 13 ; II, 8, 10 ; IV, 1.— DION, *Dist.* 14 et 15.

5. MARC-AURÈLE, IV, 5.— SÉNÈQUE, *Quaest. nat. pref.*, I.— LUCAIN, *Pharsale*, I, 60.

6. Cf. DENIS, *Histoire des théories et idées morales dans l'Antiquité*, p. 104 et n. 1.

autant du droit de vie et de mort qui subsistait toujours dans la législation romaine (quoiqu'en réalité il eût presque disparu des mœurs), et du droit de déshériter¹.

Parmi les nombreux philosophes qui enseignaient sous l'Empire romain, et dont les leçons ou les écrits travaillaient à répandre dans la foule ces nobles et généreuses idées, quelques-uns avaient une physionomie particulièrement frappante et exercèrent une influence considérable sur leurs contemporains.

Le plus important d'entre eux était assurément Annaeus Sénèque. Il n'avait pas négligé l'étude de la rhétorique, mais il avait reçu à Rome l'enseignement des philosophes : ses maîtres avaient été les stoïciens Attale, Sextius le fils, Papirius Fabianus et le pythagoricien Sotion. Précepteur et ministre de Néron, il espérait appliquer aux institutions et aux mœurs les règles de la philosophie, mais il fut déçu. Dans les dernières années de sa vie, il trouva une consolation dans la philosophie, et par ses écrits philosophiques et ses lettres de direction à Lucilius, il prêchait sans cesse la sagesse à ses contemporains. C'était un moraliste souvent austère, peut-être pas toujours conséquent avec lui-même, mais dont la parole ardente ne pouvait manquer d'impressionner ses lecteurs. La doctrine stoïcienne d'ailleurs pénétrait dans toutes ses œuvres et ses tragédies mêmes destinées non à être jouées, mais à être lues, abondent en sentences morales inspirées de cette philosophie.

Non moins curieuse est la physionomie du poète stoïcien Perse. Disciple de Cornutus à qui il voua toute sa vie la plus profonde reconnaissance², élevé dans la société de sa tante et de ses cousines³, « femmes stoïques, qui demandaient à la philosophie les règles de vie honnête et noble, le jeune poète satirique fut un représentant passionné et un défenseur zélé de la doctrine stoïcienne. Dans ses satires, il s'attaqua aux vices et aux passions, les seuls maux, tandis qu'il proclama les bienfaits de la vie intérieure qui produit la vertu. Pour lui, les vrais biens sont la justice et la sagesse. Il nour-

1. Cf. DENIS, *Histoire des théories et idées morales dans l'Antiquité*, p. 108-112.

2. PERSE, *Sat.*, V, 22-24.

3. MARTHA, *Les moralistes sous l'Empire romain*, p. 121.

rissait une profonde admiration pour le stoïcisme et aurait voulu qu'il pénétrât davantage dans les mœurs ¹.

A côté de cette prédication poétique, la prédication orale et la direction spirituelle eurent un illustre représentant en la personne d'Epictète. Celui-ci utilisa à la fois les enseignements des stoïciens et ceux des cyniques et trouva dans la philosophie non pas une distraction ou une consolation, mais les ressorts de sa vie même ². Disciple de Musonius, après son affranchissement, il propagea la doctrine stoïcienne en prêchant familièrement dans les rues de Rome. Chassé de la ville, en vertu du sénatusconsulte de Domitien bannissant d'Italie tous les philosophes, il se retira à Nicopolis en Epire ³. Il eut des disciples nombreux ; le *Manuel* et les *Entretiens* d'Arrien, l'un de ses auditeurs ont perpétué son enseignement. Sa morale avait quelque chose de sévère et de rigide : « Epictète, a dit Pascal, connaît la grandeur de l'homme, il n'en connaît pas la faiblesse ».

Il y avait aussi à Rome des prédicateurs populaires pour répandre les hautes idées de l'école dans le peuple. Dion Chrysostome fut un de ces missionnaires infatigables : sur les places publiques et dans les théâtres, il répandait pour qui voulait l'entendre les préceptes de la sagesse, mêlant à « son stoïcisme du platonisme, du péripatétisme, du pythagorisme et du cynisme, pour dégager les hommes de l'égoïsme, de la frivolité, des passions sensuelles, et grandir leur moralité ou leur dignité » ⁴. « Il ne s'agit pas, en effet, dit-il, d'instruire les particuliers, mais aussi la multitude turbulente » ⁵. Devant Trajan même, Dion prononça des discours profonds et pleins d'indépendance sur les devoirs de la royauté, sur la nécessité pour les rois d'être justes et bienfaisants ⁶.

Cet idéal de la royauté, Marc-Aurèle, l'empereur philosophe devait plus tard le réaliser dans toute sa splendeur, lui qui « fit couler dans ses lois, ses règlements, son adminis-

1. PERSE, *Sat.*, V, 64-65 ; III, 66-67.

2. Cf. T. COLARDEAU, *Etude sur Epictète*, p. 4 et suiv.

3. AULU-GELLE, XV, 11.—SUÉTONE, *Dom.*, 10.

4. F. PICAUVET, *Dans la grande Encyclopédie*, v° Stoïcisme.

5. DION, *Disc.*, 78.

6. DION,, *Dic.* 1, 2, 3 et 4.

tration, les principes rêvés par les philosophes, qui fut doux autant que ferme, gouverna le plus immense empire en magistrat d'une république, ne garda du pouvoir suprême que les soucis et les peines »¹. Ses *Pensées* sont tout imprégnées de stoïcisme et il chercha dans sa vie même à réaliser les principes de cette haute doctrine².

Du haut jusqu'en bas de l'échelle sociale, le stoïcisme avait transformé les individus. Dans ces deux premiers siècles de l'Empire, cette philosophie avait fait de nombreux adeptes ; les écrivains avaient tous pour elle de la sympathie : Pline le Jeune, Tacite et Juvénal admiraient l'idéal stoïcien. Des matrones romaines donnèrent au monde l'exemple du courage le plus édifiant et de la vertu la plus sublime, telle les deux Arria, les deux Helvidia et Fannia. On comprend que la jurisprudence et le droit romain aussi subissent l'influence des belles et généreuses pensées que semaient à tout vent les infatigables philosophes. Car à force de les entendre, dans les écoles, sur les places publiques, dans les basiliques, les bibliothèques et les gymnases, les esprits finirent par être ébranlés et volontairement ou involontairement adhérèrent au moins à quelques-uns des principes qu'on leur proposait. Et ce n'étaient pas seulement les philosophes qui prêchaient ainsi par la parole et l'exemple ; sophistes et rhéteurs débitaient sans cesse de belles sentences et émaillaient leurs déclamations des maximes de la plus haute sagesse. La philosophie s'infiltrait donc dans la législation romaine et même parfois y entraît à flots pour en renouveler l'esprit et la mettre d'accord avec une société agitée, mais cependant de plus en plus éprise d'humanité et de justice.

1. MARTHA, *Les moralistes sous l'Empire romain*, p. 172.

2. Cf. VICTOR DELBOS, *Figures et doctrines de philosophie* p. p. 57 à 94 : étude très intéressante sur MARC-AURÈLE.

APPENDICE

La rhétorique à Rome¹

§ I. L'idéal de l'orateur.

Pour Cicéron, L. Crassus et M. Antoine, disciples de Platon, d'Aristote et de l'Académie, l'horizon de l'orateur s'élargit. Il ne faut pas se contenter de méthodes, d'exercices et de maîtres vulgaires, quoique les études pratiques aient aussi un rôle important à remplir dans la formation de l'orateur. Mais on ne saurait devenir un orateur parfait, si l'on ne possède tout ce que l'esprit humain a conçu de grand et d'élevé². Evidemment l'éloquence suppose des dispositions naturelles et le génie, et il faut que l'orateur sente dans son âme cette chaleur qui anime la pensée, enrichit l'élocution, et fortifie la mémoire. L'art ne peut pas tout seul donner ces facultés. De même, il faut certains dons physiques, la prononciation facile, la puissance et la beauté de l'organe, la force dans les poumons et une certaine aisance dans les manières. Il faut en outre un enthousiasme

1. Nous avons cru utile de réserver, dans cette partie, consacrée à l'étude de la philosophie à Rome quelques pages pour étudier ou simplement jeter un regard d'ensemble assez rapide sur l'histoire de la rhétorique et voir l'importance que lui ont attribuée les Romains. Au premier abord il ne semble pas qu'il y ait une relation quelconque entre cette étude et l'ensemble des chapitres précédents, cependant les philosophes ont élargi le domaine de cette science et ont établi la rhétorique sur des bases plus profondes, exigeant de l'orateur et du rhéteur des connaissances générales très étendues, dont certaines relèvent précisément de la philosophie. A Rome, bien des orateurs ont également adopté ces idées : on peut donc dire que la rhétorique a ainsi favorisé les études philosophiques. Enfin les rhéteurs ont été, à Rome, et surtout sous l'Empire, les auxiliaires des philosophes en vulgarisant leurs leçons, et les méthodes rhétoriques ont également influé sur l'esprit des écrivains et des jurisconsultes romains.

2. CICÉRON, *De or.*, I, 5 ; 6.

et une ardeur irrésistibles¹. Mais à ces qualités, il faut ajouter les études théoriques et pratiques qui sont quasi encyclopédiques. D'accord en cela avec Platon et Aristote, Cicéron fait dire à L. Crassus que l'orateur doit connaître et étudier à fond la philosophie ; c'est elle qui lui apprendra à comprendre et à percer jusqu'au fond du cœur humain pour découvrir les puissants ressorts qui soulèvent ou apaisent les âmes². Mais il doit étudier encore la dialectique, cette partie de la philosophie qui lui enseigne l'art de raisonner, qui lui apprend à connaître « la valeur des mots, leur nature, leurs espèces diverses, les diverses manières d'exprimer une idée ; les règles pour démêler le vrai d'avec le faux, les déductions à tirer de chaque fait, les conséquences d'un principe et celles qui ne sont point légitimes, l'art de séparer les éléments d'une proposition équivoque et d'y porter la lumière par les distinctions : car tous ces procédés doivent être familiers à l'orateur »³. La morale ne doit pas non plus lui être étrangère, afin qu'il ne soit pas pris au dépourvu quand il lui faudra parler des vertus et des vices, du bien et du beau, des affections de la famille, des devoirs⁴. C'est dans la possession de ces connaissances variées et nécessaires qu'on distingue un déclamateur qui ne sait rien au delà de sa rhétorique d'un esprit éclairé qui s'est formé à l'éloquence par les études les plus élevées⁵. Telle était bien l'opinion de l'académicien Charmadas avec qui L. Crassus et M. Antoine avaient eu l'occasion de discuter lors de leurs passages à Athènes⁶. Et cette exigence d'une formation philosophique profonde de l'orateur, Cicéron ne cesse de la répéter dans tous ses ouvrages traitant de l'art oratoire. Comme Platon, il demande que l'orateur contemple en lui et ait pour ainsi dire sous les yeux ces essences supraterrrestres que sont les idées, cherchant dans cette vision à se

1. CICÉRON, *De or.*, I, 25 ; 30 ; II, 46.

2. CICÉRON, *De or.*, I, 12 ; *Brutus*, 93.

3. CICÉRON, *Orat.*, 32 ; *Orat.*, 4 : « Les méthodes philosophiques apprennent à classer les objets par genres et espèces, à les préciser par la définition, à les coordonner par la division, à déduire les conséquences ». — *Part. or.*, 40.

4. CICÉRON, *Orat.*, 33.

5. CICÉRON, *De or.*, I, 16.

6. CICÉRON, *De or.*, I, 11 ; 18.

pénétrer de la beauté idéale, pour la répandre ensuite dans sa parole, comme Phidias qui portait empreint dans sa pensée le caractère d'une beauté surnaturelle et qui, tout entier absorbé à cet objet d'une contemplation intime, s'appliquait à en reproduire les traits par son art et son ciseau ¹. Evidemment, en faisant cela on s'éloigne des habitudes de l'école, mais qu'importe, dit Cicéron, et il avoue que pour sa part, quoique orateur, il n'a pas surgi des ateliers de rhétorique, mais qu'il est enfant de l'Académie ². Il prêche donc pour l'union de la rhétorique et de la philosophie, car « celle-ci est à l'art oratoire, ce que la gymnastique est à l'art scénique » ³.

Cependant ces sublimes considérations ne doivent pas faire oublier à l'orateur les réalités d'ici-bas. Pour cela, outre cette formation à la sagesse, il faut encore ajouter la connaissance du droit civil et de la jurisprudence, si nécessaire dans les causes privées et si propre à augmenter les lumières de l'orateur ; l'étude de l'histoire, de la politique et même une teinture de sciences naturelles ⁴. Là-dessus, les illustres orateurs du temps, Crassus, Antoine et Catulus sont du même avis ⁵.

Après ces études préliminaires qui sont indispensables, l'orateur pourra s'adonner aux exercices pratiques, mais en cherchant autre chose qu'à développer la voix, la volubilité de la langue et l'abondance des mots : car en parlant mal on apprend à mal parler. Il s'agit donc de réfléchir et puis le plus souvent d'écrire ses compositions. Et dans cette composition et dans l'invention, il importe de remonter du particulier au général ; c'est se donner par là plus de latitude et l'orateur peut ainsi faire appel à la raison universelle et à l'universel bon sens ⁶. De la sorte en se généralisant, le débat s'élève et s'agrandit : un horizon plus vaste s'ouvre à la pensée ⁷.

1. CICÉRON, *Orat.*, 2 et 3 ; 34.

2. CICÉRON, *Orat.*, 3.

3. CICÉRON, *Orat.*, 4.

4. CICÉRON, *Orat.*, 34 ; *Brutus*, 93.

5. CICÉRON, *De or.*, III, 22 ; I, 18.

6. CICÉRON, *De or.*, I, 33 ; *Orat.*, 14.

7. CHAIGNET, *La rhétorique*, p. 68.

Cet idéal du parfait orateur proposé et réalisé par l'homme le plus éloquent de Rome et un des esprits les plus vastes de ce siècle, adopté par d'illustres orateurs, ne pouvait manquer de charmer les Romains épris de culture hellénique et tout simplement de culture scientifique ; et ceci, d'autant plus qu'on ne négligeait en rien le but pratique de l'éloquence et qu'on savait éviter les subtilités inutiles aussi bien qu'énervantes. Ainsi cette culture nouvelle ne pouvait qu'affiner le tempérament romain et formait en fait des hommes qui joignaient à la « gravitas » antique l'élégance, le bon ton et la science ¹.

§ II. *La déclamation sous l'Empire*

L'absolutisme impérial, nous l'avons vu, ayant brisé toute liberté et toute initiative, ayant tué toute passion politique, avait réduit les hommes à une inaction forcée. Les grandes luttes au « forum » où l'éloquence, au siècle précédent, pouvait se donner libre carrière, avaient disparu avec la République. Le tribunal lui-même tendait à devenir plus administratif et ne pouvait plus donner la gloire. Les esprits dès lors s'adonnaient avec ardeur à un nouveau genre d'éloquence, et l'école remplaçait le « forum ». La déclamation attirait tous les regards ; elle ne datait pas sans doute de cette époque. Déjà au temps de Cicéron les exercices pratiques avaient occupé une place assez importante dans la formation du futur orateur : Cicéron lui-même avait souvent déclamé ; mais sous l'Empire, la déclamation n'était plus un moyen de culture et un exercice indispensable à la préparation de l'orateur, elle devenait une fin ; on y cherchait un dérivatif, et faute de pouvoir déverser son éloquence dans les débats politiques ou judiciaires, on recherchait les applaudissements des auditeurs dans les écoles de rhétorique « ces salles d'escrime » dont parle Sénèque le père ². « La rhétorique et la déclamation, écrit Pétrone, dominant le siècle tout entier » ³. En effet l'école

1. CICÉRON, *Pro Murena*, 31 et *passim*.

2. SÉNÈQUE le Rhéteur, *Contror.*, III, préf. 13.

3. PÉTRONE, *Sal.*, 1.

de rhétorique devenait le centre et le but unique de la vie intellectuelle. Un grand nombre de maîtres et d'écoles répandaient ainsi cette nouvelle culture intellectuelle¹ et le public qui les fréquentait était fort nombreux ; car d'une part, les loisirs que la chute de la République avait créés permirent à un certain nombre d'hommes, que leur naissance ou leurs talents auraient appelés aux fonctions publiques de dépenser leur activité dans les écoles de déclamation², d'autre part les jeunes gens trouvaient dans ces exercices d'éloquence des triomphes faciles et brillants, et pouvaient ainsi sans risque s'attirer une flatteuse réputation. Les parents de ceux-ci ne pouvaient que les encourager et ils étaient eux-mêmes très flattés des succès de leurs fils³. Par ailleurs la rhétorique était entourée d'une telle considération et jouissait d'une telle faveur que « des hommes, dit Suétone, partis de très bas, ont pu parvenir à l'ordre sénatorial et aux plus beaux honneurs »⁴.

L'école était devenue ainsi une salle de spectacle et le centre de l'enseignement qu'on pourrait appeler secondaire. L'enfant venant de chez le « grammaticus » où il avait appris les premiers rudiments de l'éloquence, passait entre les mains des rhéteurs à un âge variable, entre 12 et 20 ans⁵. Chez le rhéteur, les élèves commençaient par traiter des « suasoriae » (le « genus deliberativum » d'Aristote). Il s'agissait de persuader à un personnage historique ou imaginaire de prendre tel ou tel parti. C'est ainsi que Juvénal raconte dans une de ses satires avoir donné à Sylla le conseil de rentrer dans la vie privée et de goûter un repos tranquille⁶. Après les « suasoriae » venaient les « controversiae » qui avaient pour but de préparer les jeunes gens au barreau : on leur donnait des causes fictives à traiter. Les sujets proposés étaient généralement de pure fantaisie et souvent même extravagants : par exemple un fils chassé par son père pour

1. TACITE, *Dial. des Orat.*, 19.— TEUFFEL, *Histoire de la littérature latine*, II, 75.

2. H. BORNECQUE, *Les déclamations et les déclamateurs*, p. 46.

3. Cf. G. BOISSIER, *Dict. des Antiq.*, V° Declamatio.

4. SUÉTONE, *Rhet.*, 1.

5. H. BORNECQUE, *op. cit.*, p. 50.

6. JUVÉNAL, *Sat.*, I, 15-17.

avoir donné des aliments à son oncle tombé dans la misère, et adopté par cet oncle revenu à une meilleure fortune, est chassé ensuite par celui-ci pour avoir donné cette fois des aliments à son père tombé à son tour dans la misère¹. Ou encore, un homme séduit deux femmes la même nuit : l'une choisit de le faire mourir, l'autre de l'épouser²; ou bien un jeune homme pris par les pirates épouse la fille de leur chef, qui le sauve, revient chez lui, est chassé par son père pour n'avoir pas voulu répudier sa femme et épouser une héritière orpheline que son père lui présente; ou bien encore un jeune homme est chassé par son père, pour ne s'être pas laissé adopter par un homme riche qui a chassé ses trois fils.

Le sujet ainsi posé chaque élève exposait les arguments qui prouvaient la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé : ce sont des avis, exposés séparément ou « *sententiae* ». Ils s'appuient sur un texte de loi fictif qui accompagne le sujet proposé. Puis on groupait les arguments : c'est la « *divisio* ». Et c'est ici qu'on voit le rôle que les déclamations ont pu jouer dans la formation des consciences. Une partie des arguments s'appuient sur la loi et l'autre sur l'équité. Cela donnait lieu à des développements emphatiques où l'on ne ménageait pas les tirades brodées sur des lieux communs tirés de la philosophie et de la morale. De même dans les « *colores* », c'est-à-dire dans ces motifs qui servent à colorer les paroles ou les actes d'un inculpé, qui constituent pour ainsi dire les circonstances hypothétiques, éclairant d'un certain jour, la conduite de celui-ci, le déclamateur ne ménageait pas les traits brillants, ces lieux communs qui « n'ont pas de liens étroits avec la controverse même, mais peuvent se transporter ailleurs avec suffisamment d'à propos, tels ceux sur la fortune, la cruauté, le siècle, les richesses »³. En effet c'était alors, sous l'Empire, la grande vogue des maximes, qu'on cherchait à présenter sous une forme aussi piquante que possible et qui devait soulever les applaudissements de l'auditoire. Ces applaudissements, c'était ce que tout le monde recherchait : les élèves déclamaient et s'épuï-

1. SÉNÈQUE le Rhéteur, *Controv.*, I, 1.

2. SÉNÈQUE le Rhéteur, *Controv.*, I, 5.

3. SÉNÈQUE le Rhéteur, *Controv.*, I, préf. 23.

saient à trouver l'extraordinaire, le romanesque et le brillant pour charmer les oreilles des auditeurs et émouvoir leur sensibilité ; les maîtres à leur tour déclamaient, soit pour corriger les dissertations de leurs élèves, soit pour se donner à eux en exemple. Aussi cette habitude de la déclamation avait-elle créé la manie des sentences, et « personne ne pouvait s'affranchir de cette empreinte puissante contractée dans les années où l'on est le plus malléable »¹. Evidemment ces exercices avaient quelque chose d'artificiel. Néanmoins tout entourés qu'ils fussent de boursofflure, d'ornements oratoires déplorables, les lieux communs de philosophie et de morale, répétés à satiété finissaient par pénétrer dans les esprits et les cœurs à force de battre les oreilles. Sans cesse on parlait du devoir des enfants, on flétrissait la cruauté des pères, on exaltait leurs obligations, on excitait la pitié des auditeurs sur le sort des esclaves, on proclamait les idées de justice, de bien, de bonté. Dans toutes les controverses, on déclamaient sur l'équité et la nécessité de tempérer par elle les rigueurs de la loi, on discutait sur la lettre et l'esprit de la loi. Et ainsi les rhéteurs travaillaient, comme les philosophes, quoique d'une façon indirecte, à la régénération des mœurs romaines. « Toute la jeunesse se formait à l'école des déclamateurs : hommes d'Etat, hommes de guerre, poètes, avocats, jurisconsultes, tous avaient fréquenté et fréquentaient plus ou moins les basiliques où trônaient les maîtres de la parole. Aussi tous les écrivains grecs ou romains de cette époque paraissent-ils avoir été imbus et comme pétris des mêmes idées »².

Or ces idées ont transformé l'esprit romain et l'esprit de la législation romaine. Grâce à la pénétration de la philosophie dans la pensée des magistrats et des jurisconsultes et à l'attention de plus en plus ferme qu'ils prêtaient aux leçons de la sagesse, un souffle nouveau circulait dans le droit romain, et celui-ci, à mesure que la conquête reculait les frontières de l'Empire, devenait plus universel, parce qu'il devenait plus humain.

1. R. PICHON, *Histoire de la littérature latine*, p. 446.

2. J. DENIS, *Histoire des théories et des idées morales dans l'Antiquité*, II, p. 195.

Deuxième Partie

**Les innovations et les améliorations
dues à la Jurisprudence**

INTRODUCTION

Le droit d'un peuple, comme l'esprit de la nation et les individus, évolue sous l'effet d'une poussée interne ou sous l'impulsion des circonstances qui contribuent à hâter ou à contrarier son développement. Un droit à l'état d'arrêt est celui d'une nation en décrépitude ou sans vie. Car les institutions juridiques reflètent non seulement le degré de développement intellectuel d'un peuple, mais trahissent son « moi » entier, sa personnalité, sa vigueur ou sa faiblesse, ses conceptions de la vie, de la morale, de l'individu, des rapports de l'homme avec ses semblables, des relations entre la société et ses membres. La croissance du droit dépend donc de la nation ; et celle-ci évolue normalement vers la maturité, comme tout être, soit par sa propre puissance, soit le plus souvent favorisée et aidée par les conjonctures externes : car de même que tout homme doit une grande partie de ce qu'il possède moralement et intellectuellement à ses prédécesseurs, de même les dispositions d'un peuple, existant en lui à l'état de puissance se manifestent et prennent consistance sous l'influence d'autres peuples qui sont déjà en pleine force de l'âge. L'histoire du développement de la conscience romaine et du droit romain est significative à cet égard.

À partir des conquêtes, la croissance de la nation se précipite et la législation romaine révèle rapidement une force d'expansion qui ne cesse de grandir, pour donner naissance finalement à cet arbre grandiose du droit classique, sur les branches duquel viendront plus tard se greffer les législations des nations modernes. La sagesse hellénique, après avoir façonné le génie latin, devait encore transformer les mœurs, et dans ce mouvement de rénovation de la conscience

collective, le droit romain n'est pas resté hors de son emprise. A sa vigueur un peu rude, à son énergie parfois brutale, la philosophie est venue mêler un peu d'humanité ; à son empirisme elle a substitué plus de science et plus de méthode.

Mais comment se fait-il qu'un droit, déjà vigoureusement constitué comme celui des Douze Tables, ait pu subir à ce point l'influence de l'élément philosophique, que son esprit s'est presque entièrement rajeuni ? Il est certain qu'une évolution s'explique toujours par la considération du temps et du lieu : la croissance d'un être dépend toujours de son pouvoir d'assimilation et de sa situation dans un milieu favorable.

Ainsi à partir du VI^e siècle (ab. U.-C.) l'ambiance dans laquelle avait vécu jusque là, la législation de Rome, s'est trouvée tout à coup transformée : un souffle nouveau circulait dans la vieille cité du Latium. A mesure que les armées romaines pénétraient en Orient, en Afrique et en Gaule, le vieil esprit latin se modifiait. Dès lors les éléments qui ont hâté la transformation du droit quiritaire sont de deux sortes : éléments matériels, tels que le développement des transactions, et le cosmopolitisme ; éléments d'ordre moral tels que l'évolution des mœurs romaines.

En effet à partir du VI^e siècle, en même temps que Rome s'imposait à tout l'Orient et en Afrique, sur les ruines de Carthage et d'autres cités, elle devenait le centre des affaires. Ses galères trafiquaient sur toutes les mers et son port était en communication avec les autres marchés de Grèce, d'Asie, d'Egypte, de Gaule et d'Afrique. Dès lors le commerce se développa, favorisé par l'intérêt toujours croissant des citoyens romains : les transactions dans la ville s'accrurent avec les nouveaux articles d'importation que la conquête avait révélés aux habitants de Rome. De nombreux banquiers ouvrirent des boutiques sur le « forum » excitant à la spéculation : par leur intermédiaire les riches prêtaient de l'argent aux pauvres à gros intérêts ; ils avaient des clients pour qui ils touchaient les revenus et réglaient les comptes ; ils se chargeaient également des liquidations de successions, de faillites ; ils passaient même des contrats avec l'Etat pour le service des approvisionnements de l'armée en campa-

gne¹, pour l'entretien des édifices publics. Leur influence d'ailleurs ne cessait de croître : on en trouve l'écho dans le théâtre de Plaute. « L'Etat, dit le parasite Curculion, fait contre vous des lois que vous violez sans cesse : vous trouvez toujours un passage pour vous échapper. Les lois sont pour vous de l'eau bouillante ; vous n'y touchez pas d'abord, vous les laissez se refroidir »². Ailleurs l'auteur fait faire par un figurant la description de la société de son temps et le dénombrement de la population hétérogène et plus ou moins louche qui fourmille au « forum » : les banquiers et les usuriers tiennent dans son énumération une place considérable : « Derrière le temple de Castor, s'assemblent les emprunteurs et les usuriers, auxquels je vous conseille de ne pas vous fier »³. Et ainsi le peuple commençait à devenir méfiant en présence de la puissance croissante de cette catégorie d'hommes ; Plaute ne manque du reste aucune occasion de leur décocher ses traits⁴. Ces hommes étaient devenus presque indispensables dans l'Etat. On leur confiait également la ferme des impôts, et ils constituèrent ces puissantes sociétés de publicains où un grand nombre de citoyens avaient des intérêts⁵. En effet, à mesure que s'étendait la domination romaine, les affaires publiques se compliquaient et s'alourdissaient ; les impôts se multipliaient toujours davantage et variaient suivant les peuples soumis. La ferme des impôts devenait donc une entreprise de grande envergure ; la fortune des simples particuliers n'aurait pu suffire à la marche de ces importantes affaires ; les publicains s'assemblaient et se constituaient en sociétés financières. Or ces grandes entreprises offraient pour les capitaux un placement fort rémunérateur, d'autant que les provinces souvent ruinées avaient besoin d'emprunts : les banquiers et les publicains leur prêtaient à gros intérêts. Le profit était intéressant, aussi les patriciens trouvaient-ils un moyen commode de s'enrichir en commanditant les sociétés de publicains, et ils évitaient

1. TITE-LIVE, XXIII, 48-49 ; XXIV, 18.

2. PLAUTE, *Curc.*, V, 517-519.

3. PLAUTE, *Curc.*, V, 488-489.

4. Cf. *Persa*, V. 430-432 ; *Aulul.*, V. 526-527 ; *Curc.*, V. 386-388.

5. Cf. G. COLIN, *Les publicains et leurs sociétés en droit romain*, thèse de droit Caen, 1895.

en même temps d'encourir la déchéance : « magnas partes habebant »¹, disait Cicéron. N'importe qui pouvait donc avoir ces « actions » qui procuraient à leurs détenteurs d'importants bénéfices, sans qu'ils eussent à payer eux-mêmes de leur personne. Ainsi d'une façon invisible, mais sûre, les tentacules de la finance encerclaient tout le monde romain. Et « tout est perdu, écrit Montesquieu, lorsque la profession lucrative de traitants parvient encore par ses richesses à être une profession honorée... Une chose pareille détruisit la République romaine »². En attendant, par eux, le commerce se développa et mit dans un contact de plus en plus étroit le monde romain dominé par les financiers avec les autres nations. La cité latine devenant la bourse du monde civilisé, attira une foule de négociants, de banquiers, de financiers, de marchands d'esclaves, de toutes couleurs et de toutes langues. Toute une population bigarrée envahissait le « forum » et les marchés ; mais elle apportait avec elle à côté des qualités dont profitaient les Romains, tous les défauts et les vices de leurs races, contre lesquels les vertus traditionnelles du peuple romain eurent à lutter, sans pouvoir toujours en triompher. Or pour les Grecs, par exemple, entre autres défauts dont ils faisaient preuve, le manque de respect à la parole donnée, la perfidie et l'ingéniosité étaient la monnaie courante dont ils se servaient dans leurs relations³ : de tels exemples étaient plutôt néfastes pour les Romains et certains hommes soucieux de sauvegarder les mœurs romaines, s'en étant aperçus, voulurent mettre une barrière à l'envahissement de l'étranger ; même à partir de l'an 194 avant J.-C., le philhellénisme se refroidit un peu, soit dans les milieux cultivés de Rome, soit même dans le peuple⁴. Malgré ce, les vaincus ou simplement les alliés ne cessaient d'envahir la ville. Dans de telles conditions, le droit romain fait pour les Quirites au tempérament rude et aux conceptions rigides, destiné à une population homogène, à des

1. CICÉRON, *Pro Rabirio*. — La spéculation était considérée comme indigne des sénateurs : ils ne pouvaient avoir un navire qui tint plus de 300 amphores. TITE-LIVE, XXI, 63.

2. *Esprit des lois*, XIII, 19 et 20.

3. Voir COLIN, *Rome et la Grèce*, p. 282-295.

4. Voir COLIN, *Rome et la Grèce*, p. 269 et suiv. ; p. 348 et suiv.

citoyens dont on connaissait la mentalité et les réactions, se trouvait tout disloqué en présence de la vague montante du cosmopolitisme. Et si on ajoute que ce droit ne pouvait en sa rigueur primitive s'adapter au développement subit et considérable des transactions, on comprend que ce cadre étroit, mais contenant cependant en germe des éléments d'expansion, devait s'élargir pour suivre le mouvement continu de l'extension du territoire romain.

Cette rénovation du droit était d'ailleurs postulée par un changement profond des mœurs. Dès le moment où le peuple latin s'est trouvé en contact avec les autres civilisations, une folie d'imitation s'empara de tous les esprits. L'hellénisme surtout était la mode du jour. On admira les chefs-d'œuvre de la Grèce dans tous les domaines, et c'était très bien, mais on imita jusqu'aux vices¹, d'autant que la fortune envahissant tout d'un coup la ville, a tout dévasté et n'a laissé que des ruines morales, semblable à un fleuve qui, en se répandant par des canaux apporterait la fécondité mais en inondant subitement, ne cause que des dégâts². En effet « plus importantes que les conséquences politiques furent les conséquences économiques et sociales des guerres. La République et les particuliers accrurent leurs richesses d'une manière considérable »³. Les métaux précieux affluaient dans la ville et la guerre en rapportait beaucoup⁴. Dès lors, l'aristocratie romaine abandonnant l'agriculture qui ne donnait plus assez de profit, en vint à imiter la noblesse carthaginoise, composée de spéculateurs : elle se mit à vivre dans le luxe. « La simplicité des mœurs tendit à diminuer, la discipline des familles à se relâcher »⁵. Les nobles se montrèrent désormais prodigues ; ils étalèrent la plus somptueuse opulence, pendant que le peuple enrichi également par les butins, n'aspirait qu'à s'abandonner à la mollesse et à jouir. Ainsi la prospérité et les progrès de l'esprit mercantile modifièrent peu à peu les mœurs antiques :

1. PLINE, *H.N.*, XXXIII, 53.

2. VICTOR DURUY, *Histoire des Romains*, II, p. 224.

3. G. FERRERO, *Grandeur et décadence de Rome*, I, p. 11.

4. TITE-LIVE, X, 46.

5. G. FERRERO, *op. cit.*, I, p. 19.

les appétits exorbitants, longtemps contenus, se déchaînent et on étala avec ostentation ce luxe absurde et grossier des parvenus ¹.

Evidemment cet esprit de lucre ne pouvait se concilier avec la simplicité et l'abnégation traditionnelles. La vigueur antique tendait à disparaître. Tout le monde était entraîné dans ce mouvement vertigineux vers le luxe et la jouissance. Plusieurs lois furent votées : en 182, la loi Orchia, limitant le nombre des convives dans les festins ; en 161, la loi Fannia fixant le maximum des dépenses qu'on pouvait faire pour la préparation des repas ; la loi Aemilia de 115, sur la nature des aliments et la manière de les accommoder ; la loi Licinia de 104, reprenant la loi Fannia ² ; et auparavant la loi Oppia sur le luxe des femmes, dont on ne put maintenir les prescriptions ; et la loi Voconia de 169, interdisant aux citoyens de la première classe, d'instituer une femme héritière. L'abondance de ces lois suffit à montrer leur impuissance. Et la corruption ne faisait que croître : « il y a une maladie générale qui attaque à présent les bonnes mœurs et qui les tue ; et pendant qu'elles languissent, les mauvaises mœurs croissent et pullulent à vue d'œil ; il n'y a rien de si commun de nos jours », ainsi parle un personnage du *Trinummus* de Plaute ³. « Plût au ciel, dit un autre, que les anciennes mœurs, l'économie de nos pères fussent encore en honneur et prévalussent sur les mauvais exemples ! ... Aujourd'hui dans ses actions on n'écoute plus les convenances mais ses passions seules. L'intrigue est encouragée par l'opinion, favorisée par les lois ... On attache, on pend ces malheureuses lois aux murailles avec de gros clous. On ferait bien mieux d'y attacher, d'y pendre les mauvaises mœurs » ⁴.

Ainsi le droit dans la rigidité antique ne pouvait plus jouer son rôle qui est de maintenir les citoyens dans la norme de la justice et de l'équité. Son esprit avait besoin d'être vivifié et rajeuni, afin de s'adapter plus parfaitement à la

1. G. FERRERO, *op. cit.*, I, p. 30.

2. MACROBE, II, 13 ; III, 17.—AULU-GELLE, II, 24.

3. PLAUTE, *Trinum.*, V. 6 et suiv.

4. PLAUTE, *Trinum.*, V. 984 et suiv.

mentalité nouvelle et du nouvel ordre de choses. En effet, comme l'a fait remarqué Plaute, l'intrigue était à la mode et les consciences se faisaient plus retorses : la législation antérieure, inflexible, était un instrument très dangereux pour les honnêtes gens entre les mains d'individus sans scrupules. Destiné à des hommes libres, sachant user pleinement de leur liberté, mais dans les limites de l'honneur et de la vertu, le droit romain se trouvait ébranlé par la modification de l'état des esprits et par la désagrégation de la famille.

D'ailleurs, les consciences s'affinent, au contact de la sagesse hellénique ; les esprits veulent plus d'équité, mais aussi plus de logique. Aussi arriva-t-il un moment où l'édifice des Douze Tables devait craquer sous la poussée des éléments : à partir de cet instant la législation romaine allait évoluer d'un mouvement continu vers sa perfection et sa maturité, vivifiée par l'esprit philosophique qui la pénétrait et la transformait sans heurt.

L'organisme juridique à Rome, malgré sa rigidité laissait beaucoup de place cependant à l'initiative personnelle, et si la loi avait l'aspect inflexible, il dépendait des hommes chargés de l'appliquer, de trouver dans ce grand corps les articulations par lesquelles on pouvait le faire plier et le mettre en rapport avec les exigences de la pratique. Le prêteur et les prudents étaient les auxiliaires du droit, mais il ne tenait qu'à eux d'utiliser au maximum les pouvoirs qu'ils détenaient, pour faire progresser et croître l'organisme juridique. Ils ont donc été les instruments du progrès, et grâce à eux le droit romain n'est pas resté indifférent ou impassible au milieu de la révolution qui s'est accomplie dans les idées et les mœurs, à partir du VI^e siècle. Les transformations sociales et idéologiques postulaient une rénovation juridique, mais il s'est trouvé en même temps des hommes qui avaient subi l'influence des conceptions nouvelles et qui voulaient mettre en pratique dans leurs fonctions les idées qu'ils cherchaient à réaliser dans leur vie. Ainsi la préture et on peut aussi ajouter la jurisprudence, selon la remarque de M. Kalindéro, étaient « une source

vivifiante du droit romain »¹. « La doctrine prétorienne qui devait aboutir aux plus admirables définitions de la justice fut avant tout le fruit du développement de la philosophie grecque en opposition avec le génie romain. Ce qui assura le succès de cette doctrine, c'est qu'elle ne heurta jamais de front les lois même les plus barbares ... mais elle sut si habilement en limiter l'application ... qu'elle en fit sortir un droit nouveau, basé sur l'équité naturelle »².

Les préteurs n'étaient pas des législateurs, sans doute, mais par leurs fonctions, ils pouvaient apporter dans le droit les modifications commandées par les circonstances. Leur rôle à cet égard a été considérable et l'institution prétorienne, au moment où elle florissait et manifestait sa plus grande vigueur (avant de commencer à périr sous l'Empire romain)³ était véritablement la voix vivante du droit civil, et était l'instrument nécessaire, pour ainsi dire providentiel, qui devait donner une impulsion nouvelle à la législation des Douze Tables et permettre l'épanouissement de toutes les aspirations de la nation.

Magistrats chargés de dire le droit, les préteurs trouvèrent dans leur charge les moyens d'adapter la loi à la vie, tout en paraissant respecter le dépôt transmis par les générations antérieures et leurs innovations furent généralement bien accueillies, car elles s'appuyaient sur des raisons d'équité et d'utilité⁴. A leur entrée en charge ils publiaient un édit où ils déclaraient les droits qu'ils entendaient protéger, bien qu'ils ne fussent pas reconnus par la loi ; et pour les protéger eux-mêmes contre toute velléité de modifier leurs promesses et de s'écarter des principes adoptés primitivement, un sénatus-consulte porté sous le consulat de Lucius Paulus Aemilius et de C. Licinius Crassus et la loi Cornelia « de edictis perpetuis » de 687, leur défendirent de changer leurs

1. J. KALINDÉRO, *Droit prétorien et réponses des prudents*, Introd., p. 3. Cf. S. RICCOBONO, *fasi et fattori dell'evoluzione del diritto rom.* (*Mélanges Cornil*, II, p. 247), *già al tempo di Ciceroni il jus honorarium è considerato come la fonte più larga e più viva del diritto* ; D., I, 1, 8 : « viva vox juris civilis ».

2. J. KALINDÉRO, *op. cit.*, p. 30.

3. Cf. KALINDÉRO, *op. cit.*, p. 100 à 109.

4. Cf. CUG, *Manuel*, p. 24.

édits¹. Ainsi les règles qu'ils posaient en entrant en fonctions devaient s'appliquer toute l'année de la préture, et n'avaient de valeur que tant que les magistrats qui les avaient proposées restaient en fonction. Toutefois par une tradition ininterrompue, les dispositions qui avaient subi l'épreuve de la pratique et qui avaient montré leur utilité, étaient reprises par les magistrats suivants et acquéraient ainsi la force et l'autorité que donne une longue habitude.

Sans doute « le droit prétorien n'avait d'effet que s'il pouvait être ramené à exécution par les moyens mis à la disposition du magistrat compétent ; il ne s'imposait que sur un ordre formel donné par le magistrat dans chaque cas particulier »². Cependant par son rôle dans l'instance judiciaire le préteur était comme au centre de la vie juridique et il commandait l'évolution du droit : tout passait entre ses mains et il dirigeait l'activité judiciaire. Sans pouvoir faire la loi il pouvait cependant la paralyser et la corriger. Sans s'écarter de la législation des Douze Tables et en la prenant pour point de départ, il l'amendait insensiblement à l'aide de fictions et d'exceptions pour y introduire peu à peu des principes plus conformes au droit naturel et à l'équité³.

Pour cela, il se servait des formules d'actions qu'il avait promises dans son édit de donner, pour protéger certaines situations : il avait à sa disposition les actions « in factum » et les actions utiles grâce auxquelles il pouvait en toute hypothèse intervenir pour empêcher qu'une injustice fût commise, et ainsi le droit était constamment en rapport avec l'état économique de la nation. Et lorsque l'injustice venait d'être commise, les « restitutiones in integrum » permettaient de la réparer. Les exceptions paralysaient même le « jus civile », quand il servait à un individu sans scrupules à tromper les autres. Les envois en possession

1. « Lex cornelia sanxit ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent, quae res tam gratiam ambitiosis praetoribus, qui vario jus dicere assueverant, sustulit » (ASCONIUS cité par KALINDÉRO, p. 113).

2. P. KRUEGER, *Histoire des sources du droit romain*, p. 46.

3. D., I, 7, 1. — « Le droit prétorien devait donc constituer l'un des plus beaux monuments qui attestent les progrès de la civilisation antique, par cela seul qu'il s'appuyait sur les principes de l'équité naturelle, sur le sentiment inné et universel de la justice » (J. KALINDÉRO, *op. cit.*, p. 85).

atténuaienient le manque d'équité de certaines prescriptions légales. Les interdits et les stipulations prétorienues étaient des moyens indirects qui avaient pour but de régler judiciairement certains rapports qui ne pouvaient pas être invoqués en justice par voie d'action.

Par ces divers moyens le préteur pouvait intervenir dans la pratique : et ici l'initiative personnelle jouait un rôle considérable. On comprend que les disciples des philosophes qui avaient médité les généreuses doctrines de la sagesse, ne manquaient pas d'en faire l'application, quand ils se trouvaient devant la réalité. Ils profitaient des pouvoirs qui leur étaient conférés, en les utilisant au maximum, pour que le droit romain devint plus humain ¹.

D'ailleurs ils étaient aidés dans leur tâche par les jurisconsultes qui les conseillaient dans l'exercice de leurs fonctions ou qui préparaient la voie aux réformes par leurs travaux juridiques. L'action des prudents, ainsi, n'a pas été moindre que celle des préteurs, et leur part dans les transformations du droit est considérable. « Ils ont élargi en l'adoucissant, la législation étroite et dure d'un petit peuple agriculteur et guerrier, de façon à faire de l'univers civilisé une seule communauté, régie par de justes lois, que dictait la raison générale, et non plus l'intérêt d'une classe ou d'une cité » ². Les efforts des jurisconsultes, qui cherchaient constamment à développer le droit, à tirer des Douze Tables tous les germes qu'elles pouvaient contenir ³ et à les enrichir avec les principes supérieurs de la sagesse, sont vraiment louables : leur labeur incessant a permis au droit d'évoluer sans secousse, sans précipitation et avec mesure.

Disciples des philosophes, les prudents étaient trop imprégnés de la doctrine qu'ils étudiaient pour ne pas marquer leurs travaux juridiques et leurs réponses du sceau de la philosophie. Par leur quadruple fonction : « respondere, cavere,

1. L'action des édiles était aussi très considérable, en ce qui concerne la police des marchés, l'équité dans les ventes et les achats des esclaves, et des animaux, le contrat de vente.

2. V. DURUY, *Histoire des Romains depuis les temps les plus reculés jusqu'à la mort de Théodose*, p. 104.

3. Cf. CUG, *Institutions juridiques des Romains*, I, Introd., p. XXIV.—P. KRUEGER, *Histoire des sources du droit romain*, p. 63.

agere et scribere », ils intervenaient continuellement dans la vie juridique et mettaient toute leur science à faire progresser le droit. Le jurisconsulte jouissait d'ailleurs de la plus haute autorité : « est sine dubio totius oraculum civitatis » dit Cicéron¹. Il donnait des conseils à qui avait besoin de ses services et servait de guide aux juges. Il intervenait souvent dans l'instance judiciaire, plus tard pour assister les préteurs en qualité d'assesseurs, mais de tout temps pour les aider de leurs avis. Les préteurs n'étaient pas pourvus de connaissances juridiques très approfondies et par suite de leur infériorité technique écoutaient volontiers les prudents². D'ailleurs les jurisconsultes pouvaient eux aussi créer le droit : « est proprium jus civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit », dit Pomponius³, et il est vraisemblable selon l'avis de M.-H. Lévy-Bruhl que le préteur avait l'obligation d'accueillir dans l'édit les dispositions jurisprudentielles⁴.

Les prudents avaient encore pour fonction d'interpréter la loi et l'édit pour préciser les détails d'application, envisager les diverses hypothèses qui devaient tomber sous le coup des prescriptions légales ou édictales. Or dans toute cette activité proprement juridique, la place était grande pour les influences extra-juridiques et l'on peut constater une fois de plus que le droit romain était rigide dans sa conception fondamentale, mais que son organisme offrait des parties sur lesquelles les idées avaient prise. Ainsi « le stoïcisme s'introduit de jour en jour dans la jurisprudence et s'il n'en chasse pas complètement le vieil élément romain, il le contrebalance sans cesse par la justice naturelle et par l'humanité »⁵. Et les jurisconsultes, sous l'influence de la philosophie, montrèrent une largeur de vues, une vigueur

1. CICÉRON, *De orat.*, I, 45.

2. Cf. H. LÉVY-BRUHL, *Prudent et Préteur*, R.H.D. Fr. et Et., 1926, p. 11.

3. *D.*, I, 2, 2, 12.

4. Cf. H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 10.

5. J. DENIS, *Histoire des théories et des idées morales dans l'antiquité*, II, p. 195. — « La jurisprudence romaine adopte en grande partie, pour ce qui est des problèmes généraux, des idées développées ou sous-entendues dans certains écrits de Cicéron » (A. BILL, *La morale et la loi*, p. 256). — « Chez les Romains le stoïcisme produisit dans les institutions légales et la science juridique un changement dont les conséquences se sont prolongées jusqu'au temps présent » (OGEREAU, *Essai sur le système des stoïciens*, p. 273).

de pensée vraiment étonnantes, en même temps que parfaitement originales. Leurs théories juridiques étaient précieuses aux juges qui trouvaient en elles les lumières pour diriger les débats soulevés devant eux, et elles préparaient le terrain pour le préteur, en lui montrant les innovations à apporter ¹.

Toutefois tout imprégnés de sagesse qu'ils fussent et malgré leur désir de faire pénétrer profondément dans le droit les ferments de la philosophie, ils ne se laissèrent pas entraîner par la logique de leur raisonnement, mais commençant par raisonner sur les principes avec la logique la plus stricte, si la conséquence à laquelle ils aboutissaient était contraire à l'équité, ils adoptaient aussitôt une solution qui s'éloignait de la logique des idées, mais qui était postulée par l'utilité ². Ils étaient, il est vrai, beaucoup plus des hommes de pratique que des théoriciens ³ et ils avaient une connaissance parfaite des besoins de la vie réelle. « Les Romains, a écrit Riccobono, n'adhérèrent pas aux doctrines philosophiques des Grecs par pure imitation, mais y adhérèrent seulement en tant qu'elles présentaient un contenu propre à résoudre les problèmes de la vie ou à construire une théorie conforme à la nature et au génie de leur droit » ⁴.

Et c'est précisément ce qui fait la force et l'originalité du droit romain. De tempérament essentiellement pratique, les Romains préféraient souvent à la logique des idées, des résultats satisfaisants au point de vue de leurs applications concrètes. En tout cas la fusion de l'élément philosophique et de l'élément juridique et pratique a donné une synthèse magnifique de la logique et de l'opportunité. Le droit, vivifié par la pensée philosophique, devient « l'ars boni et aequi », dont les interprètes, selon Ulpien, sont des prêtres ⁵.

1. Voir dans LÉVY-BRUHL, *R.H.D. Fr. et Et.*, 1926, p. 35, n. 2, la liste des textes où l'on peut relever les expressions : « praetor debet », « non debet », et qui montrent ainsi l'influence exercée sur le préteur par les juriconsultes, et voir p. 36 n. 1 la liste des textes d'où il ressort que pour les applications utiles d'une action ou d'un interdit le préteur devait écouter les suggestions des prudents.

2. Ainsi à propos de l'avulsion et de la plantation, la logique des déductions exige que la plante transportée du champ d'un autre, qui a adhéré au sol et qui a pris racine ne puisse plus être revendiquée par son propriétaire (*D. XXXIX, 2, 9, 2*) et cependant à raison de l'équité, Alfenus Varus donne une action utile au propriétaire (*D., VI, 1, 5, 3*).

3. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 7.

4. S. RICCOBONO, *Mélanges Cornil*, II, p. 242.

5. *D.*, I, 1, 1.

CHAPITRE PREMIER

LES MÉTHODES PHILOSOPHIQUE ET RHÉTORIQUE

Section I

La logique

Les différents systèmes philosophiques de la Grèce se trouvaient plus ou moins mélangés sous le rapport de la logique. Ainsi les stoïciens adoptaient certaines conceptions des académiciens, mais empruntaient aussi à Platon et à Aristote bien des notions. A Rome, la philosophie déjà éclectique dans bien des tendances, l'était encore plus en logique et ses maîtres cherchaient à concilier l'Académie avec Aristote et Platon ¹. Cependant au-dessus de cette confusion des systèmes régnait l'aristotélisme ; cette doctrine peu en faveur comme philosophie, jouissait d'une vogue immense par son encyclopédie scientifique, tandis que sa conception logique était très estimée des orateurs romains ².

Le stoïcisme, d'ailleurs, avait aussi sa part ; le syllogisme hypothétique, la méthode étymologique et dérivative ont exercé une grande influence sur les philosophes et les jurisconsultes romains.

1. CICÉRON, *Acad.*, I, 4 ; II, 4 ; II, 22 ; *Grande Encyclopédie* ; V^{is} *Antiochus et Philon*. — MOMMSEN, *Histoire romaine*, VIII, p. 195.

2. VARRON, *De re rustica*, II, 5, 13. — CICÉRON, *De orat.*, II, 36 ; III, 47. — G. FERRERO, *Grandeur et décadence des Romains*, I, p. 155. — « Servius Sulpicius se montra éclectique avec une prédominance pour l'aristotélisme » (E. VERNAY, *Servius et son école*, p. 54 n. 3).

§ I. *La logique aristotélicienne*

« La logique assise sur d'inébranlables bases, cultivée, accrue par les écoles les plus diverses, enseignée à tous les hommes éclairés, avait bien pu donner dès lors aux formes de la science plus de rigueur et plus de rectitude »¹. Ce résultat est dû pour une grande part à Aristote dont le génie a donné une vigoureuse impulsion à cette partie de la philosophie, en reprenant et en perfectionnant les idées de son prédécesseur Socrate et de son maître Platon.

Pour celui-ci la fonction de la dialectique est double : elle comprend la συναγωγή ou formation des concepts et la διαίρεσις ou division. Le devoir du dialecticien est donc de déterminer le domaine du genre par une énumération méthodique de ses espèces et de leurs subdivisions jusqu'à ce que la division ne trouve plus que la multiplicité infinie des individus. De la sorte on découvre les rapports des concepts entre eux, leur parenté et leur opposition.

Donc par la συναγωγή, il faut ramener à l'unité la multiplicité de l'idée répandue dans chaque individu. « Il faut, dit-il, regardant les choses d'ensemble, réunir sous une seule idée, les idées particulières éparses de côté et d'autre, afin de bien comprendre par une définition précise le sujet qu'on veut traiter »².

L'idée une fois obtenue, la διαίρεσις en fait voir les différentes parties. Cependant, dans la division, il faut s'attacher à des espèces véritables et ne négliger aucune espèce. Mais on doit prendre garde de ne pas s'arrêter aux ressemblances, avant d'avoir vu toutes les différences des espèces³.

Ces opérations permettent de saisir l'essence des choses, répandue dans la multiplicité des individus en négligeant les caractères accidentels.

Socrate ne parlait pas autrement quand il enseignait que la définition devait répondre à l'essence vraie des choses et ne pas se contenter de s'attacher à une de ses qualités ;

1. *Logique d'Aristote*, I, préf. p. IV, de Barthélemy SAINT-HILAIRE.

2. PLATON, *Soph.*, 253^b ; *Phèdre*, 265^d.

3. PLATON, *Polit.*, 262^a et 285^a.

de la sorte on évite l'ambiguïté et par là les subtilités de la sophistique¹.

Pour Aristote, la définition se fait par l'énonciation du genre et des différences spécifiques². Donc pour définir le concept d'un objet, il faut prendre les qualités qui appartiennent en même temps qu'à lui aux autres objets de même genre et les additionner jusqu'à ce que les qualités retenues ne conviennent qu'à l'objet à définir. Par exemple, la définition essentielle de la triade est d'être un nombre, un nombre impair et un nombre premier (car aucun nombre ne la divise et elle n'est pas formée de nombres) : donc, c'est un nombre impair premier. Or de tous ces attributs, les uns appartiennent à tous les nombres impairs indistinctement, le dernier appartient aussi à la dyade, mais tous les attributs pris ensemble n'appartiennent qu'à la triade³.

Aristote cependant distingue les définitions de mots et les définitions de choses⁴.

La définition est regardée seulement comme l'explication de l'essence, quand elle se borne à expliquer les sens du mot et non l'essence de la chose, ainsi par exemple, l'explication tirée de l'étymologie du mot : le triangle est une figure qui a trois angles. Cette définition s'appliquera pour toutes les choses dont nous ne connaissons l'existence que par l'accident, sans la cause ; il y a nécessité que nous en ignorions complètement l'essence, car nous n'en savons pas précisément l'existence⁵. Cette définition est la définition nominale (λόγος ὀνοματώδης).

Mais il y a aussi la définition essentielle [ὅρος πραγματώδης (realis) ou ὅρος οὐσιώδης (essentialis)] : c'est la définition de chose, définition réelle, obtenue au moyen de la cause.

Ainsi la première indique bien ce qu'est la chose, mais elle ne le démontre pas. L'autre, au contraire, sera comme

1. PLATON, *Gorgias*, 448^b ; *Eutyp.*, 11^a : « L'essence consiste dans le général, dans ce par lequel se ressemblent les objets appartenant à un même genre », *Ménon*, 71^d.

2. ARISTOTE, *Top.*, I, 8 ; *Métaph.*, 1037^b, 29 : « il n'y a dans la définition que le genre premier énoncé et les différences ».

3. ARISTOTE, *Anal. post.*, II, 13, 4.

4. Ce qui suit est un résumé du chap. II, 10 des *Anal. post.*

5. ARISTOTE, *Anal. post.*, II, 8, 7.

une démonstration de l'essence. En effet il y a une différence à dire pourquoi il tonne (c'est la démonstration) et à dire ce qu'est le tonnerre (c'est la définition) ¹.

Enfin il existe une troisième espèce de définition : « c'est la définition des termes immédiats qui est la thèse indémontrable de l'essence » ². Celle-ci est relative au sujet qu'on pose et qu'on définit sans que la définition qu'on en donne puisse être démontrée ni rapportée à la démonstration.

Les concepts ainsi obtenus par la définition, peuvent s'emboîter les uns dans les autres : les individus appartiennent aux espèces et celles-ci au genre.

Le genre exprime la collection de plusieurs individus qui ont un certain rapport, soit avec une unité, soit entre eux, ou plus strictement il est l'attribut essentiel applicable à plusieurs espèces différant entre elles (comme par exemple l'attribut animal) ³. Les genres diffèrent des individus en ce qu'ils sont attribués à plusieurs. Ils diffèrent des espèces en ce que les espèces bien qu'attribuées à plusieurs ne sont attribuées qu'à des individus qui spécifiquement n'ont aucune différence entre eux, et n'ont qu'une différence numérique.

L'espèce est ce qui est classé sous le genre, et ce à quoi le genre est attribué essentiellement ⁴.

Il y a dans l'échelle des concepts des espèces qui sont à la fois genre et espèces, c'est-à-dire qu'elles sont espèces relativement à un genre supérieur et genre par rapport aux espèces inférieures. Mais il y a certains termes qui n'ont plus rien au-dessus ou au-dessous d'eux : on pourrait les appeler généralissimes et spécialissimes.

Ces termes étant définis « il faut, dit Aristote, quand on s'occupe de quelque sujet complexe, diviser le genre en individus spécifiquement primitifs, c'est-à-dire il faut diviser le genre en ses espèces qui sont les premières en ordre et qu'on peut, relativement au genre qui les comprend, considérer comme autant d'individus » ⁵. La division a donc cet

1. ARISTOTE, *Anal. post.*, II, 10, 5.

2. ARISTOTE, *Anal. post.*, II, 10, 6.

3. PORPHYRE, *Introduction aux catégories d'Aristote*, II, 1 et 8.

4. PORPHYRE, *Introduction aux catégories d'Aristote*, II, 21.

5. ARISTOTE, *Anal. post.*, II, 13, 7.

avantage de faire connaître un concept dans ses rapports avec d'autres qui lui sont apparentés.

D'ailleurs cette recherche du genre et des espèces permet par un mouvement inverse de remonter de la multiplicité à l'unité. En cela même réside l'objet de la science. Classer les idées et systématiser les connaissances, tels sont les derniers mots de la dialectique et de la logique. A Socrate, Platon et Aristote revient l'honneur d'avoir ouvert le chemin aux progrès des sciences.

§ II. *La logique stoïcienne*

A partir de Chrysippe la logique stoïcienne se divise en deux parties : la dialectique et la rhétorique. A son tour la dialectique se divise en une étude formelle et une étude logique. Pour les stoïciens, la dialectique a une grande importance, car dans leur conception un lien très intime unit le mot à la pensée ¹. C'est pourquoi, l'étude des formes, la grammaire n'a pas seulement une importance secondaire ; le problème est plus que linguistique, il est philosophique ; et il en est de même du problème étymologique auquel les stoïciens prêtaient une attention toute spéciale. Ainsi « l'importance que les stoïciens donnaient à la dialectique les avait amenés à étudier de près la valeur des mots, car toute discussion s'appuie sur la définition des termes, et à analyser avec soin la proposition qui affirme ou nie les vérités controversées » ².

La place qu'occupe l'étude étymologique dans le système logique du Portique et le rôle qu'elle a joué dans les sciences profanes et juridiques de Rome permettent qu'on l'examine avec un peu d'attention.

L'étude des étymologies fut étrangère aux grammairiens alexandrins. Ceux-ci et d'une façon générale tous les gram-

1. Le mot pour les stoïciens n'est que l'imitation « lato sensu » de la chose, imitation non seulement extérieure, mais intime de la nature. — Cf. Origène contr. Cels, I, 24 : οἶται Ἀριστοτέλης θέσει εἶναι τὰ ὀνόματα... νομίζουσιν οἱ ἀπὸ τῆς Στοᾶς φύσει. — DIOGÈNE LAERCE, VII, 55 ; Sext. Emp. adv. Math. VIII, 80 : λέγειν γὰρ ἔστι καθὼς αὐτοὶ φασιν οἱ ἀπὸ τῆς Στοᾶς, τὸ τὴν νοομένου πράγματος σημαντικὴν προ φερέσθαι φωνήν.

2. G. BOISSIER, *Étude sur la vie et les ouvrages de M.T. Varron*, p. 139.

mairiens distinguaient l'étymologie proprement dite de la formation grammaticale des mots : ils s'occupaient de cette dernière et non de l'étymologie¹. Au contraire les stoïciens s'étaient adonnés particulièrement aux études étymologiques et s'occupaient avec passion des mots². C'est que l'étymologie doit chercher l'ἐτυμότης, c'est-à-dire la vérité des mots, et ainsi la recherche des mots amène à trouver l'essence de la pensée³.

Comment se forment donc les mots et les idées ? Tout ce qui a une existence réelle est matériel. Le réel n'est pas comme pour Platon un mélange imparfait de matières et d'idées, ou comme pour Aristote une combinaison de forme et de matière. C'est un tout, fait de λογοί, pensées divines actives, matérielles. D'où il n'y a rien de réel que l'individuel, et c'est de la sensation seule que découle notre connaissance. C'est un travail de l'esprit sur les données de l'expérience. Les concepts sont donc formés de sensations, par ressemblance (καθ' ὁμοιότητα) ou par analogie (κατ' ἀναλογίαν), par transposition (κατὰ μετάθεσιν), par composition (κατὰ σύνθεσιν), par opposition (κατ' ἐναντίωσιν)⁴. Et ainsi les idées nouvelles sont formées par comparaison avec celles qui ont déjà leurs noms et le nom de ces idées nouvelles se crée à l'imitation des mots signifiant l'idée semblable⁵.

A côté de ces mots formés par comparaison, il y a la grande catégorie des ὀνοματοποιά, qui sont les fidèles imitations des choses « ut cum dicimus aeris tinnitum, equorum hinnitum, ovium balatum, tubarum clangorem, stridorem catenarum. Perspicias enim, haec verba ita sonare ut res, quae his verbis significantur ». Car « voici, d'après les stoïciens la véritable origine des mots : il y a rapport entre les sensations provenant des objets et les sensations provenant des noms »⁶.

1. Cf. CECI, *Le étimologie*, p. 33, n. 1.

2. EMERTON, *Sulla terminologia stoïca*, p. 151.

3. CICÉRON, *Top.*, 8 : ἐτυμολογία, « id est verbum ex verbo, veriloquium... quia sunt verba rerum notae ».

4. DIOGÈNE LAERCE, VII, 52. — SAINT AUGUSTIN, *Principia dialecticae*, ch. VI.

5. Cf. CECI, *op. cit.*, p. 37.

6. SAINT AUGUSTIN, *op. cit.*, ch. VI. Tout ce chapitre d'ailleurs est à lire : les conceptions des stoïciens quant à la formation des mots y sont clairement exposées.

Puis on s'est donné libre carrière et on s'est contenté de la simple ressemblance des choses entre elles. Ainsi « crux », croix a pris ce nom parce que la dureté du mot a quelque rapport avec l'âpreté de la douleur que fait éprouver cet instrument de supplice ¹.

Mais souvent les stoïciens croient trouver l'origine d'un mot dans la combinaison de plusieurs autres, et même dans la combinaison des désinences. « Car, en cherchant l'origine des mots dans le champ des idées, il arrivait qu'une idée apparût comme déterminée par l'union de deux ou plusieurs idées primitives. Et d'autre part l'ignorance des formations verbales et nominales laissait toute bride à l'invention du philosophe » ². Ainsi par exemple on faisait venir αἰθῆρ de αἰεὶ θέειν. Il arrivait donc aux stoïciens de faire des dérivations inattendues et même quelque peu surprenantes comme lorsqu'ils tiraient αἰῶνα de αἰεὶ ὄν ³.

Donc, cette première partie de la dialectique, la τέχνη γραμματική, s'occupe de la physiologie des sons.

La deuxième partie a trait aux exprimables, aux choses signifiées (περὶ τῶν σημαινομένων) ⁴, sans avoir égard aux sons articulés. Elle étudie les rapports des concepts entre eux et comment on passe de l'un à l'autre.

Toute notion simple ou toute synthèse de notions inséparables est un genre ou une espèce ⁵. Les stoïciens définissent l'espèce, ce qui est contenu dans le genre, comme « homme » est contenu sous le terme « animal », et le genre est donc ce qui contient en soi l'espèce.

Mais dans l'échelle des genres et des espèces, il y a au-dessus le genre qui n'a pas de genre au-dessus de lui : c'est le genre le plus général (γενικώτατον) ; il peut y avoir cependant plusieurs genres premiers. A l'inverse, on trouve tout au bas de l'échelle des espèces qui n'ont pas d'espèces sous elles (ειδικώτατον) ⁶.

Pour déterminer les espèces contenues dans un genre,

1. SAINT AUGUSTIN, *Princ. dial.*, ch. VI.

2. CECI, *Le étimologie*, p. 49.

3. VARRON, *De lingua latina*, VI, 11.

4. DIOGÈNE LAERCE, VII, 43.

5. DIOGÈNE LAERCE, VII, 60.

6. DIOGÈNE LAERCE, VII, 61.

on procède par division. Celle-ci va donc du plus général au moins général. Or d'après les stoïciens le général n'a pas d'existence réelle, il n'est qu'une abstraction ; c'est pourquoi leur division n'a pas de portée ontologique, comme pour Aristote ou Platon : c'est une opération purement logique qui tend le plus souvent à la constitution d'une « *tabula logica* » permettant par addition de termes successifs d'une division d'obtenir le concept d'une chose.

Les stoïciens admettaient plusieurs sortes de division. La division principale est la distinction du genre dans les espèces qu'il contient : ainsi parmi les animaux, les uns sont doués de raison, les autres en sont dépourvus. La division contraire (*ἀντιδιαίρεσις*) est la distinction en espèces qui s'opposent par notions contraires, par exemple par négation : ainsi parmi les choses qui existent, les unes sont bonnes, les autres ne sont pas bonnes ¹. Après quoi il y a la sous-division (*ὑπο διαίρεσις*) ἐστὶ διαίρεσις ἐπὶ διαίρεσει : par exemple après avoir distingué parmi les choses, celles qui sont bonnes de celles qui ne le sont point, on subdivise celles qui ne sont pas bonnes en choses mauvaises et en choses indifférentes.

A côté de la division, la partition ou distribution partitive (*ὁ μερισμός*) est la classification des genres selon leurs lieux : par exemple parmi les biens, les uns concernent l'âme, les autres le corps ².

Pour passer de l'espèce au genre, on se sert de la définition. Celle-ci aboutit à faire de la chose définie, une espèce et à déterminer le genre dans lequel elle est enveloppée ³. Elle est une analyse qui épuise le contenu de la chose ⁴.

A côté de cette définition, la description (*ὑπογραφή*) n'est qu'une simple énumération des parties, de caractères propres à chaque individu, sans en épuiser le contenu ⁵.

Mais que ce soit par définition ou description, nous n'atteignons dans les concepts des choses que leur abstraction, mais non leur essence, car n'ont de réalité, nous l'avons

1. DIOGÈNE LAERCE, VII, 61.

2. DIOGÈNE LAERCE, VII, 62.

3. OGEREAU, *Essai sur le système philosophique des stoïciens*, p. 147.

4. DIOGÈNE LAERCE, VII, 60.

5. DIOGÈNE LAERCE, VII, 60.— Cf. OGEREAU, *op. cit.*, p. 146.— REYMOND, *La logique stoïcienne : confond description et définition.*

vu, que les êtres individuels. Chaque être, chaque individu a sa qualité propre en tant qu'il est une semence particulière du λόγος divin. « Dès lors le syllogisme ne doit pas être envisagé comme établissant une inclusion entre deux concepts (Socrate et mortel) au moyen d'un troisième (homme), car cette manière de voir implique que les expressions « mortel homme » ne sont pas de simples manières de parler, mais qu'elles désignent des classes existant réellement »¹.

Le syllogisme ne peut que lier des propositions simples, singulières et encore sous forme conditionnelle : si Socrate est humain, il est mortel — or en fait Socrate est humain — donc il est mortel. C'est seulement un rapport entre des événements qui coexistent ou se succèdent chez un même individu.

Le raisonnement des stoïciens se présente donc sous la forme d'un syllogisme hypothétique, système formé de trois jugements disposés de telle sorte que le dernier d'entre eux appelé conclusion (ἐπιφορά ou συμπεράσμα) est préparé par l'union de deux autres appelés lemmes (λήμματα) ; le second lemme est désigné quelquefois sous le nom d'assomption (πρόσληψις)². Par exemple : s'il fait jour, il fait clair — or il fait jour — donc il fait clair. Et inversement : s'il fait jour, il fait clair — or il fait nuit — donc il ne fait pas clair³.

Il existe ainsi cinq formes de raisonnement⁴. « Les stoïciens dit Cicéron, ont enseigné avec soin tous les procédés de raisonnement »⁵. Leur œuvre d'ailleurs a laissé des traces notables dans les ouvrages de Varron et de Cicéron, ainsi que dans les travaux des jurisconsultes romains.

§ III. Cicéron et Varron

Les *Topiques* de Cicéron, dédiés à son ami C. Trebatius Testa, jurisconsulte célèbre, qui désirait vivement connaître

1. REYMOND, *La logique stoïcienne*, p. 168.

2. DIOGÈNE LAERCE, VII, 76.

3. DIOGÈNE LAERCE, VII, 76.

4. DIOGÈNE LAERCE, VII, 76 et suiv.

5. CICÉRON, *Top.*, 2.

la doctrine d'Aristote¹, sont inspirés du philosophe de Stagire et constituent en quelque sorte un abrégé de ses *Topiques*. Toutefois l'ouvrage laisse également transparaître l'enseignement des stoïciens².

C'est un document très précieux qui nous révèle les préoccupations des savants de Rome et nous montre leur souci de mettre de l'ordre dans les sciences. Car somme toute, Cicéron n'a fait que traduire avec éloquence une opinion commune et des aspirations identiques. Du reste parallèlement à son œuvre théorique, des lettrés et des savants mettaient en pratique les principes appris à l'école des philosophes, cependant que Varron poursuivait dans une branche particulière les recherches étymologiques qui devaient prendre tant d'importance dans l'œuvre des jurisconsultes. Nous allons étudier successivement la fonction des définitions telle qu'elle apparaît dans les ouvrages de Cicéron, l'étymologie dans l'œuvre de Varron, les formes du raisonnement que propose Cicéron et sa conception de la science du droit.

I. — *Les définitions.*

Cicéron conseille de commencer toute discussion par la définition : « *Ingrediar in disputationem ea lege, qua credo omnibus in rebus disserendis utendum esse, si errorem velis tollere, ut ejus rei, de qua quaeritur, si nomen quod sit conveniat, explicetur, quid declaretur eo nomine : quod si convenerit, tum demum decebit ingredi in sermonem : nunquam enim quale sit illud de quo disputabitur, intelligi poterit, nisi, quid sit, fuerit intellectum prius* »³.

Le rôle de la définition dans toute question de théorie est important, car celle-ci est triple : « on examine si la chose est, quelle est sa nature et quelles sont ses qualités. Le premier point se traite par la conjecture, qui consiste à rechercher l'existence de la chose, son origine, sa cause, les changements qu'elle peut subir »⁴. Or, après avoir recherché son existence,

1. CICÉRON, *Top.*, 1.

2. E. VERNAY, *Servius Sulp.*, p. 57-58.

3. CICÉRON, *De rep.*, I, 24.

4. CICÉRON, *Top.*, 21.

pour déterminer la nature d'une chose, il faut d'abord en donner une notion, puis en développer la propriété. « Definitio est oratio, quae id, quod definitur, explicat quid sit »¹.

Il y a deux espèces principales de définition : « unum, earum rerum quae sunt, alterum, earum quae intelliguntur »². Les choses sont réellement, lorsqu'elles peuvent être vues ou touchées : champ, maison, mur, gouttière, esclave. Les choses qui sont dans la pensée sont celles qui n'ont point de corps, mais qui sont saisies par l'esprit, et dont nous avons dans l'intelligence une sorte d'empreinte appelée « notion » : usucapion, tutelle, parenté.

Pour définir, il faut suivre des règles rigoureuses qui sont chez Cicéron la répétition des prescriptions aristotéliennes ou stoïciennes³ : énoncer d'abord, de la chose qu'on veut définir, les caractères qui lui sont communs avec d'autres, et poursuivre jusqu'à ce qu'on arrive à ceux qui lui sont absolument propres, et qui ne sauraient s'appliquer à aucun autre. Voici par exemple, d'après Cicéron, la définition de l'« hereditas » : « Hereditas est pecunia, quae morte alicujus ad quempiam pervenit jure, nec ea aut legata testamento aut possessione retenta »⁴. Si on la décompose en ses éléments on y retrouvera la méthode de définition par genre et différences spécifiques telle qu'elle est exposée dans la logique aristotélienne. Ainsi : « Hereditas est pecunia » : c'est le caractère commun ou encore c'est le genre, car il y a plusieurs espèces de biens ; si on ajoute « qui nous arrive à la mort de quelqu'un », on énonce une différence spécifique qui forme avec le genre précédent une espèce ; celle-ci toutefois est encore un genre, car il peut y avoir plusieurs espèces de biens, qui nous arrivent par la mort de quelqu'un sans qu'il y ait héritage. On ajoute alors à ce genre secondaire une nouvelle différence spécifique : « jure » et cette fois, on obtient une espèce *εἰδικώτατον* à laquelle la précision « sans nous être légué par un testament ou sans nous revenir comme une propriété dont un autre

1. CICÉRON, *Top.*, 5.

2. CICÉRON, *Top.*, 5.

3. CICÉRON, *Top.*, 6 : « Sic igitur veteres praecipiunt ».

4. CICÉRON, *Top.*, 6 ; *Part. or.*, 12.

avait l'usufruit », s'ajoute pour déterminer l'individu « hereditas ». Cicéron donne encore un autre exemple de définition par épuisement de ce qui est commun, à l'objet à définir, sans confusion possible : « gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti »¹. Chaque proposition relative nouvelle ajoute une différence qui transforme le genre en espèces de plus en plus spécifiques.

A côté de la définition par épuisement, il y a la définition par énumération des parties ou par division. On se trouve en présence d'une énumération des parties « cum res ea, quae proposita est, quasi in membra discerpitur », par exemple, si on dit du « jus civile » « quod in legibus, senatusconsultis, rebus judicatis, jurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistit »².

Quant à la définition par division « formas omnes complectitur quae sub eo genere sunt, quod definitur, hoc modo : ab alienatio est ejus rei, quae Mancipi est, aut traditio alteri nexu, aut in jure cessio, inter quos ea jure civili fieri possunt »³. La division se fait ainsi du genre dans les espèces qu'il contient sans en omettre aucune, « ut si quis jus in legem, morem, aequitatem dividat ».

Les espèces diffèrent des parties. Celles-ci sont incalculables, tandis que le nombre des espèces qui dépendent de chaque genre est déterminé. Cependant l'énumération est purement descriptive, et lorsque les parties sont trop nombreuses on peut en omettre quelques-unes, tandis que la division classifie en même temps les éléments et doit être complète.

La définition est ainsi très utile, car elle évite la confusion. « Et quand on veut démontrer en quoi une chose diffère d'une autre, ce n'est que par la définition qu'on en jugera »⁴.

1. CICÉRON, *Top.*, 6.

2. CICÉRON, *Top.*, 5 ; *Part. or.*, 12.

3. CICÉRON, *Top.*, 5. CICÉRON préfère le terme « Forma » à « Species ».

4. CICÉRON, *Top.*, 23.

II. — L'étymologie.

Pour bien déterminer le sens d'un mot, l'emploi de l'étymologie est souvent utile, lorsqu'elle révèle la composition ou la provenance du terme à définir. Les Romains se sont adonnés à ces études avec un très vif intérêt. Au siècle de Cicéron, brillaient les deux premiers grammairiens de valeur : M.-T. Varron et Nigidius Figulus. Tous les deux suivaient dans la science étymologique, la doctrine stoïcienne¹.

C'est ce Nigidius qui enseigne, nous dit Varron, dans ses *Commentaires* sur la grammaire, que les mots ne sont pas une invention arbitraire de l'homme, mais qu'ils ont leur origine et leur raison dans l'instinct et dans la nature ; les mots ne naissent pas *θέται* mais *φύεται* ; c'est du reste l'opinion professée par les stoïciens².

Varron également, dans ses recherches étymologiques, déclare suivre les stoïciens ; il s'inspire de la méthode logique inaugurée en Grèce et particulièrement cultivée dans le Portique et c'est à l'école stoïcienne qu'il emprunta ses théories grammaticales³. En effet « la grammaire des stoïciens avait, pour les Romains, cet avantage qu'elle était la première qu'on leur eût enseignée. On sait que Cratès, leur premier maître, était un disciple de Chrysippe. En outre aucune (grammaire) n'était plus complète ni plus savante »⁴.

Evidemment ses recherches étymologiques ne sont pas toujours parfaites, car comme le fait remarquer Varron lui-même, « il s'est engagé dans les détours d'une forêt ténébreuse, infréquentée, et remplie d'obstacles qui peuvent l'empêcher d'avancer »⁵. Cependant, il y a un effort pour faire du travail scientifique et il a le mérite d'avoir exposé chez les Romains pour la première fois le mécanisme des

1. AULU-GELLE, XIX, 14.— Cf. CECI, *Le etimologie*, p. 39.

2. AULU-GELLE, X, 4.— Cf. *supra*, p. 87, n. 1.

3. VARRON, *De lingua latina*, V, 9 : « non solum ad Aristophanis lucernam, sed etiam ad Cleanthis lucubravi ». Cf. BOISSIER, *Etude sur la vie et les ouvrages de M. T. Varron*, p. 139.

4. BOISSIER, *Etude sur la vie et les ouvrages de M. T. Varron*, p. 139.

5. VARRON, *De lingua latina*, V, 5. Cf. QUINTILIEN, I, 6.— L. SPENGEL, Préface de son édition de Varron, Berlin, 1885, p. LXX.— BOISSIER, *op. cit.*, p. 138 et 151.

langues et les principes qui président à leur formation. Du reste « n'oublions pas que ses travaux, en faisant à Varron, une grande renommée contribuèrent à entraîner les esprits vers les recherches grammaticales »¹.

Varron pose, en principe, que dans chaque mot il y a lieu de considérer, 1^o la chose d'où ce mot a tiré son origine ; 2^o la chose qu'il sert à désigner².

Mais dans la recherche de l'origine des mots, il tient compte des affections phonétiques, qui lui permettent de retrouver les « verba imposita », car ces affections corrompent les mots et risquent d'induire en erreur le philologue³.

Comme les stoïciens, Varron n'ignore pas les onomatopées : formation *κατὰ μίμησιν*. C'est ainsi qu'il enseigne que les animaux ailés se divisent en plusieurs espèces, dont la plupart tirent leur nom de leur cri : « ut haec : upupa, cuculus, corvus, hirundo, ulula, bubo ; item haec : pavo, anser, gallina, columba »⁴.

Mais il explique aussi la dérivation des mots par le lien des idées. C'est ainsi qu'il enseigne que « Trua, qua e culina in lavatrinam aquam fundunt, trua quod travolat ea aqua, » et que, « arx, ab arcendo, quod is locus munitissimus urbis, a quo facillime possit hostis prohiberi »⁵.

Il a souvent recours à la similitude, à l'analogie ou à la métaphore : par exemple, d'après lui « quod dicimus *disserit*, item translatitio atque ex agris verbo ; nam ut olitor disserit in areas sui quojusque generis res, sic in oratione qui facit »⁶.

On trouve aussi, comme chez les stoïciens, des étymologies *κατ' ἐναντίωσιν*, *κατ' ἀντίφρασιν*. « Prata dicta ab eo, quod sine opere parata » et « aequor mare appellatum quod aequatum quom commotum vento non est »⁷.

Il fait parfois appel à un fait historique ou à un nom propre

1. BOISSIER, *op. cit.*, p. 154.— CECI, *Le etimologie*, p. 21 : « L'influenza di Varrone sulla cultura filologica dei giureconsulti fu certo grande ». Cf. l'ouvrage capital de SANIO, *Varroniana in den Schriften der römischen juristen*.

2. VARRON, *De lingua latina*, V, 2.

3. VARRON, *De lingua latina*, V, 3.

4. VARRON, *De lingua latina*, V, 75.

5. VARRON, *De lingua latina*, V, 118 ; 151.

6. VARRON, *De lingua latina*, V, 64.

7. VARRON, *De lingua latina*, V, 40 ; 23.

pour déduire l'étymologie d'un mot : procédé auquel auront recours quelquefois les jurisconsultes ¹.

Le grec sert parfois à expliquer des mots latins ². Mais Varron n'en a pas abusé et tient ainsi le milieu entre Aelius Stilo qui s'obstinait à vouloir tout expliquer uniquement par le latin et Cloatius Verus qui a écrit un livre *Verborum a graecis tractorum* où il découvre des étymologies invraisemblables ³.

Il applique souvent le principe de composition d'un mot par la réunion de plusieurs autres, procédé familier aux philosophes ⁴.

A l'étymologie ressemble la dérivation (*conjugatio*, συζυγία). C'est la recherche des mots de même famille, par exemple, « sapiens, sapientes, sapientia. » Elle est utile pour étendre une solution. Voici un exemple de ces extensions possibles, donné par Cicéron (*Top.*, 9). « Si aquam pluviam eam modo intelligeremus, quam imbri collectam videremus ; veniret Mucius, qui, quia conjugata verba essent pluvia et pluendo, diceret : « omnem aquam oportere arceri, quae pluendo crevisset ».

Ainsi l'emploi de l'étymologie et de la dérivation est très utile et ces études sont une aide souvent très efficace pour le savant.

III. — *Le raisonnement.*

Cependant ces moyens (définition, étymologie, dérivation) sont des opérations préalables pour ainsi dire qui acheminent l'esprit vers la vérité ; pour la faire éclater, certaines recettes sont préconisées par Cicéron : ce sont différentes espèces d'arguments qu'il propose : « On les tire du genre, de l'espèce, de la similitude, de la différence, des contraires, des dépendances, des antécédents, des conséquents, des choses qui répugnent entre elles, des causes ou des effets et enfin de la comparaison entre des objets plus grands, plus petits, ou

1. Cf. par exemple, V, 30 : Tiberis, 41-42 : Capitolium, 51 : Quirinalis.

2. Cf. par exemple : V, 34 : ager, ἀγρόν ; 96 : sus-ῥς ; bos-βοῦς...

3. AULU-GELLE, I, 18 ; XVI, 12.

4. Cf. par exemple, V, 37 ; V, 76 ; V, 106 ; VI, 46.

pareils » ¹ (qui peut le plus peut le moins, et en sens contraire en prouvant le moins, on prouve le plus ; ou bien, ce qui est prouvé pour une chose l'est aussi pour toute chose pareille). Et à propos des arguments tirés des antécédents et des conséquents, Cicéron donne la théorie du syllogisme. Mais croyant suivre Aristote, il reproduit en réalité le syllogisme hypothétique, professé par les stoïciens. D'ailleurs, en distinguant sept modes de conclusion, il se trouve résumer dans les *Topiques* toute la théorie stoïcienne des jugements ².

Ces conseils sont très utiles aux orateurs, mais ils s'adressent tout aussi bien aux savants, et Cicéron songe particulièrement aux jurisconsultes. C'est à un prudent qu'il dédie ses *Topiques* et il voudrait que la science du droit devint une véritable science s'appuyant sur des principes rigoureux. Pour lui « l'ars perfecta juris civilis » doit être : « primum omne jus civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra dispartiat, tum propriam cujusque vim definitione declaret » ³.

Section II

La méthode chez les jurisconsultes

Les jurisconsultes devaient infailliblement subir l'attrait de la méthode, étant tous pénétrés de philosophie et de rhétorique. Consciemment ou inconsciemment ils en étaient imprégnés et consciemment ou inconsciemment ils tendaient à réaliser les principes appris et à les mettre en pratique.

On a nié l'influence de la philosophie sur le droit romain ⁴. Pour l'instant, disons « que l'influence de la philosophie stoïcienne (on doit ajouter de la philosophie aristotélicienne) s'est exercée indubitablement sur l'organisation extérieure,

1. CICÉRON, *Top.*, 2 à 5.

2. Comparer à ce sujet, CICÉRON, *Top.*, 13-14 et DIOGÈNE LAERCE, VII, 69-82.

3. CICÉRON, *De oral.*, I, 42.

4. Par exemple : PADELLETTI, *Arch. giur.*, XII, p. 198. — Voir la question dans VERNAY, *Servius et son école*, p. 49. — CECI, *Le etimologie*, p. 12-13.

formelle de la matière du droit et que la jurisprudence ne pouvait se soustraire, au moins pour la partie formelle, à l'influence de l'hellénisme qui rénouvait la culture romaine tout entière »¹.

L'œuvre scientifique, entreprise par les premiers juristes, « qui fundaverunt jus civile »², M. Manilius (consul en 605), Junius Brutus et P. Mucius Scaevola (consul en 621), était encore gauche. Ils ont essayé d'introduire des divisions rationnelles dans la matière juridique, mais ils ne surent pas encore donner à leurs ouvrages la forme d'exposés systématiques. Ils ne se préoccupèrent pas non plus de donner des définitions strictes, mais le plus souvent parlèrent encore en casuistes³.

Toutefois ils furent les premiers à justifier scientifiquement leur avis, et leurs œuvres, malgré les imperfections furent à la base des ouvrages de leurs successeurs, entre autre du *Jus civile* de Q.-M. Scaevola⁴.

Mais l'œuvre scientifique du droit commence réellement avec Q.-M. Scaevola, se perfectionne avec Servius Sulpicius et son école, s'épanouit pleinement avec Labéon et la jurisprudence classique.

Q.-M. Scaevola (né vers 614 et consul en 659) employa des définitions et fit du droit un ensemble logique⁵. Son œuvre ne réussit pas toujours et on lui a reproché d'avoir établi des

1. CECI, *op. cit.*, p. 12-13.—EMERTON, *Sulla term. stoïca*, p. 150 : « L'influenza dello stoicismo sulle forme et sulla terminologia del diritto fu notevolissima ». KRUEGER, *Histoire des sources du droit romain*, p. 61 : « Les jurisconsultes romains empruntèrent aux philosophes grecs la méthode scientifique, applicable en général à toutes les branches des connaissances humaines : art de l'exposition scientifique et du développement logique des idées ». CUQ, *Dict. des Antiq.*, V^o Jurisconsulti.

2. D., I, 2, 2, 39.

3. Cf. LEPOINTE, *Quintus Mucius Scaevola*, p. 43.— Voir dans AULU-GELLE, VII, 15 un exemple d'une définition du vol donné par J. Brutus et par Quintus Mucius Scaevola.

4. SCHNEIDER, *Quaestiones de Servio Sulpicio Rufo jurisconsulto romano.— SANIO, Varroniana in den Schriften der Roemischen Juristen*, p. 202.— J. BRUTUS a écrit 3 livres de « jure civili » (QUINTILIEN, VI, 3, 44.— CICÉRON, *Pro Cluentio*, 51, 141) : à l'exemple des philosophes grecs, il donna à son traité la forme d'un dialogue entre lui et son fils (CICÉRON, *De or.*, II, 55). « Le cas est unique dans la littérature juridique de Rome » (KRUEGER, *Histoire des sources du droit romain*, p. 75).

5. D., I, 2, 2, 41 : « Q. Mucius jus civile primus constituit generatim in libris XVIII redigendo ».— Cf. LEPOINTE, *Quintus Mucius Scaevola*, p. 43.

distinctions sans portée juridique. En réalité, Q. Mucius était encore plus casuiste que homme de principes généraux¹, et sa méthode évidemment avait besoin d'être remaniée et perfectionnée, mais ce premier effort pour faire du travail scientifique est très louable, ainsi que ce souci de transformer les méthodes des jurisconsultes². Aussi « son œuvre a-t-elle été le point de départ des travaux juridiques de date postérieure »³.

Et c'est à Servius Sulpicius que revient l'honneur d'avoir perfectionné la méthode. Ses décisions se distinguent par la vigueur de la dialectique et il continue le travail de généralisation commencé par Q. Mucius⁴. D'ailleurs Cicéron estime qu'il est plus savant que Q.-M. Scaevola (il se montre même un peu trop sévère pour celui-ci) : « existimo, juris civilis magnum usum et apud Scaevolam, et apud multos fuisse ; artem, in hoc uno (S. Sulpicio) ; quod nunquam effecisset ipsius juris scientia, nisi eam praetera didicisset artem, quae doceret *rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo*, obscuram explanare interpretando ; ambigua primum videre, deinde distinguere ; postremo habere regulam, qua vera et falsa judicarentur et quae, quibus positae, essent, quaeque non essent consequentia. Hic enim attulit hanc artem, omnium artium maximam quasi lucem, ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur »⁵. Et cet art dont Cicéron vante l'heureuse influence sur le droit, c'est la dialectique.

Par contre on a reproché aux jurisconsultes classiques d'être moins hardis que leurs prédécesseurs pour l'ordonnement systématique du droit. Ils hésitent, dit-on, à formuler une définition, de peur de se tromper⁶, car écrit Javolenus (*D.*, L. 17, 202) « omnis definitio in jure civili

1. LEPOINTE, *op. cit.*, p. 47, n. 2.

2. Il aurait reproché à ses rivaux de manquer de méthode, de réduire leur science à l'examen des cas particuliers sans se préoccuper des rapports de ceux-ci avec l'ensemble, et de ne pas exposer systématiquement leurs doctrines (CICÉRON, *De leg.*, II, 19).

3. KRUEGER, *op. cit.*, p. 78.

4. Par exemple : *D.*, XVII, 2, 30 ; *L.*, 16, 25, 1. — GAIUS, I, 188.

5. CICÉRON, *Brutus*, 41.

6. Cf. CUQ, *Dict. des Antiq.*, V^o Jurisconsulti. — KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, p. 757

periculosa est ; parum est enim ut non subverti possit ». Ce reproche ne saurait s'appliquer à tous, et les plus grands d'entre eux, Labéon, P.-J. Celsus, Julien, Ulpien, Q. Cerv. Scaevola et Papinien ne sauraient être accusés de timidité¹. Leurs constructions juridiques peuvent soutenir la comparaison avec celles de Q. Mucius et de S. Sulpicius². « Connais-sant à fond les différentes parties de la science, la grammaire, la dialectique, les antiquités, Labéon est un de ceux qui ont le plus contribué à l'élaboration scientifique du droit. Sa préoccupation constante est de s'élever du particulier au général et de fixer par des définitions ou par des classifications les notions ainsi obtenues »³. P.-J. Celsus et S. Julianus ont ouvert des voies nouvelles à la science juridique et Papinien occupe une place prééminente parmi les jurisconsultes, par la perfection de sa méthode qui ramène sans difficulté chaque espèce à la règle de droit qui la gouverne⁴.

Comme on le voit, pour tous ces prudents formés à l'école des philosophes, les décisions d'espèces ne suffisent plus. D'ailleurs l'agrandissement du monde romain et le développement des affaires exigent une adéquation plus parfaite du droit et de l'activité journalière. Pour cela il fallait rendre le droit plus souple par la technique qui en favorise en même temps les progrès et en facilite la compréhension.

Le premier degré de la méthode est la définition.

I. — *Les définitions.*

À l'école des stoïciens, des jurisconsultes écrivirent des recueils de définitions, qui en fixant le sens des termes, permettaient d'atteindre la réalité des choses, de faire des distinctions et des classifications rationnelles et assuraient ainsi le développement du droit. Q.-M. Scaevola écrivit un *Liber singularis ὁρων* » : le titre lui-même manifeste déjà

1. AULU-GELLE, XIII, 12.— GAIUS, II, 231 ; *Inst.*, II, 25 pr. ; *D.*, XXVIII, 1, 27 ; *D.*, XXXIX, 6, 29.

2. GAIUS, I, 188 (par exemple à propos de la tutelle), GAIUS, III, 183 (à propos du vol).

3. CUQ, *op. cit.*, V^o jurisconsulti.

4. CUQ, *op. cit.*

le souci de faire œuvre dialectique et est une marque certaine de l'influence des maîtres du Portique dont notre jurisconsulte connaissait la doctrine par les leçons de Panaetius et par l'intermédiaire de Q.-M. Scaevola l'augure, stoïcien notoire¹. Nous avons encore de ce livre quatre fragments insérés au *Digeste*². Cet écrit ne contenait pas seulement des définitions mais aussi des règles de droit, des explications de termes employés dans les lois et surtout de brèves formules de principes juridiques³.

Papinien plus tard composera aussi un recueil de *Définitions* en deux livres. Du reste, les jurisconsultes connaissaient l'utilité d'une langue claire et précise, aussi s'appliquaient-ils à fixer le sens des termes employés ; ce qui leur permettait d'établir rationnellement le domaine d'application des lois. Ils écrivaient donc aussi des traités *De verborum significatione*.

Aelius Gallus, contemporain de Cicéron, a écrit deux livres *De verborum, quae ad jus civile pertinent, significatione*, dont il n'existe qu'un fragment au *Digeste* (L., 16, 157) et qu'une mention faite par Gaius au *Digeste* (XXII, 1, 19 pr.). « Ce jurisconsulte était admirable pour définir avec la plus grande brièveté le concept juridique »⁴. Son livre devait présenter quelque intérêt scientifique puisque M. Verrius Flaccus, grammairien du temps d'Auguste, au dire de Festus se servait des ouvrages de Aelius Gallus⁵.

Paul lui-même dans son *De instrumenti significatione liber singularis*, s'attache d'une façon particulière sans doute, mais non moins scientifique à établir clairement le sens des termes employés.

1. Cf. *supra*, p. 48. En notre sens, voir LÉPOINTE, *Quintus Mucius Scaevola*, p. 41.— O. LENEL écrit dans sa *Palingénésie*, t. I, col. 762, n. 7 : « Non mihi constat utrum ὅρων librum ipse Mucius confecerit an ex Mucii juris civilis libris has definitiones alius quis excerpserit ». Cf. SANIO, *Z. gesch. d. r. Rwsch.*, p. 41. — Pourtant le titre grec emprunté à la langue des philosophes manifeste assez une ardeur de néophytes et on ne voit pas de raison pour ne pas attribuer l'ouvrage à un contemporain de Panaetius, donc à *Quintus Mucius* lui-même.

2. D., XLI, 1, 64 ; XLIII, 20, 8 ; L., 16, 241 ; L., 17, 73.

3. Cf. KRUEGER, *Histoire des sources du droit romain*, p. 78. Voir par exemple : D., L., 17, 73.

4. HUSCHKE, *Jurisp. antejust. quae supersunt*.

5. Cf. LENEL, *Palingen.* I, col. 2, n. 2.

De même ce souci de précision a poussé Julien à écrire un livre *De ambiguitatibus*, pour établir le sens des termes obscurs ou ambigus, tandis que Modestin travaillait dans le même sens à écarter les confusions que présentent les mots employés, souvent indifféremment, en montrant les différences de sens : à cet effet il rédigea six livres « differentiarum »¹. Le *Liber singularis de variis lectionibus* de Paul relève peut-être des mêmes préoccupations.

Ainsi une langue claire et précise évitait des chicanes oiseuses ; et somme toute, en travaillant à approfondir la langue latine, les jurisconsultes suivaient la tendance générale de leur temps et procédaient comme les philologues : savants et prudents suivaient aussi en cela l'exemple proposé par les stoïciens et repris par leurs disciples romains.

Mais si tous ne composaient pas des traités didactiques portant exclusivement sur cette partie du droit, qu'on pourrait appeler philologique, les œuvres des jurisconsultes fournissent de nombreux exemples de définitions et d'explications de termes. Remarquons en passant la distinction, entre la définition scientifique, dont Aristote et les stoïciens ont élaboré les principes, lesquels ont été répétés par Cicéron, et la simple explication qui précise le sens d'un mot ou d'un texte, sans exprimer la réalité essentielle des choses. Mais au fond que ce soit explication ou définition, c'est le même souci de faire œuvre scientifique et sûre qui guidait les jurisconsultes dans leur recherche.

En parcourant le *Digeste*, on peut relever un grand nombre de définitions, qui répondent aux divers points de vue proposés par Cicéron dans les *Topiques* notamment, ou par les philosophes : définition par l'essence, qui détermine l'espèce dans laquelle se trouve l'objet à définir par l'énonciation du genre et des différences spécifiques ; définition par description ou énumération des parties ; définition par division. Il nous suffirait d'en donner quelques exemples.

Le dol avait été défini par Aquilius Gallus : « cum esset aliud simulatum, aliud actum » et ailleurs « dolus malus

1. Cf. *D.*, L, 16, 101 pr. : « Stuprum et adulterium, § 1 : divortium et repudium ; § 2 : morbum et vitium », *D.*, L, 17, 194 et 195.

simulatione continetur » et par Cicéron : « Dolus malus cum aliud agitur, aliud simulatur »¹. Cette définition est suffisante pour donner une idée générale, mais elle n'embrasse pas l'objet en question d'une façon étroite. Voici alors comment Servius Sulpicius le définit : « machinationem quamdam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur »². Il établit d'abord le genre : « machinationem » ; avec la différence : « alterius decipiendi causa » on obtient une espèce qui est encore un genre, puisque la manœuvre destinée à tromper quelqu'un peut aussi bien être une escroquerie qu'un dol. Si donc, on ajoute : « cum aliud simulatur et aliud agitur », on établit la place du dol et son essence.

Pourtant cette définition manque encore de rigueur et Labéon pense qu'on peut chercher à tromper quelqu'un sans cette espèce de déguisement, de même qu'on peut sans mauvaise foi paraître faire une chose et en faire véritablement une autre. Aussi propose-t-il une autre définition. Cependant celle-ci sera plutôt une énumération des espèces : « Dolum malum esse omnem caliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam »³.

De même encore la définition de la tutelle, donnée par Servius, rapportée par Paul⁴ est d'une grande rigueur scientifique : « Tutela est vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa ».

« Vis et potestas », c'est l'énonciation du genre des droits et pouvoirs.

« In capite libero » : on le distingue ainsi de l'espèce « dominica potestas ».

« Ad tuendum eum », en s'ajoutant au genre précédent forme une espèce qui se différencie d'une autre appartenant au même genre : la « patria potestas ».

¹ Cicéron, *De off.*, III, 14 et 15 ; *Top.*, 9.

² D., IV, 3, 1, 2.

³ D., IV, 3, 1, 2.

⁴ D., XXVI, 1, 1 pr.

« *Propter aetatem* » : cette énonciation marque la différence entre la tutelle et la curatelle du prodigue et du fou.

« *Jure civili data ac permissa* » : restreint encore le domaine de ces droits et pouvoirs.

Les mêmes remarques peuvent s'appliquer à cette autre définition de Paul, qui offre les mêmes qualités dialectiques : « *Usufructus est jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia* »¹.

Souvent se joint à la définition, pour l'appuyer et lui donner autorité, une explication sous forme d'un argument dialectique : ainsi Q. Mucius dit : « *Partis appellatione rem pro indiviso significari : nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse* »².

Outre les définitions par genre et différences spécifiques, les jurisconsultes se servent aussi très volontiers de l'énumération des parties dont parle Cicéron, qui donne la connaissance de la chose, non par la détermination de son essence, mais par la description des parties dont elle se compose. Ainsi Papinien définit le « *jus civile* » « *quod ex legibus plebiscitis, senatus-consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit* »³. Et pour Labéon : « *Scaena est quae ludorum faciendorum causa, quolibet loco, ubi quis consistat, moveturque spectaculum sui praebiturus, posita sit in publico, privato, vel invico ; quo tamen loco passim homines spectaculi causa admittantur* »⁴.

Nous avons vu également que Cicéron recommandait aussi la définition par division dans laquelle on détermine le sens d'un terme par l'énumération de ses espèces. C'est ce que fait Paul lorsqu'il définit la « *sponsio* » « *non solum quae per sponsus interrogationem, sed omnis stipulatio promissioque* »⁵ ou Ulpien quand il dit : « *Creditores accipiendos esse constat eos quibus debetur ex quacumque actione, vel persecutione, vel jure civili, sine ulla excep-*

1. *D.*, VII, 1, 1. Cf. aussi : *L.*, 16, 59 (ULPIEN) : « *portus* » ; *L.*, 16, 239 pr. (POMPONIUS) : « *pupillus* ».

2. *D.*, L, 16, 25, 1.

3. *D.*, I, 1, 7 pr.

4. *D.*, III, 2, 2, 25.- Cf. également *D.*, L, 16, 10 : « *creditores* ».

5. *D.*, L, 16, 7.

tionis perpetua remotione, vel honorario, vel extraordinario, sive pure, sive in diem, vel sub conditione »¹.

L'utilité des définitions est évidente, lorsqu'elles déterminent le domaine exact d'un objet et fixent par là la portée d'une règle juridique : il est certain par exemple que, quand Ulpien a fixé le sens du mot « materfamilias » : « materfamilias accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit : matrem enim familias a coeteris feminis mores discernunt, atque separant. Proinde nihil intererit, nupta sit, an vidua, ingenua sit, an libertina : nam neque nuptiae, neque natales faciunt matremfamilias sed boni mores »², on peut voir les conséquences juridiques d'une telle définition, notamment au point de vue de l'application des lois. Aussi les jurisconsultes se servaient-ils volontiers des définitions. Et quand ils ne les donnaient pas suivant les principes reçus des philosophes, ils recouraient du moins à une explication de termes, qui en fixe la signification suivant les règles du bon sens. Ces explications de mots répondent à la catégorie des définitions nominales (λόγος ὀνοματώδης) dont Aristote recommandait l'emploi, quand on ne peut pas percer jusqu'à l'essence des choses, mais qui suffisent à en donner une idée. Tous les titres du *Digeste* en offrent de nombreux exemples, et le titre XVI du livre L est tout entier consacré à ces recherches.

II. — *L'étymologie.*

A la définition se rattache l'étymologie. Celle-ci, en effet, permet de retrouver dans l'origine des mots, la réalité des idées, et permet d'asseoir la définition sur des bases plus solides ; souvent elle aide à trouver un sens précis aux termes employés : son utilité en matière juridique est incontestable, surtout à Rome où le mot avait une si grande importance, et où les jurisconsultes ne pouvaient s'affranchir de la lettre de la loi qu'en s'y soumettant. Du reste en faisant de l'étymologie, les Romains ne faisaient que suivre l'exemple des philosophes stoïciens : « Comme grande fut l'in-

1. *D.*, L, 16, 19. Cf. *eod.* 18 (PAUL) : « munus » ; *eod.*, 222 (HERMOGENIEN) : « pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli quam mobiles et tam corpora quam jura continentur ».

2. *D.*, *eod.*, 46, 1.

fluence de la philosophie stoïcienne sur la jurisprudence romaine et comme les stoïciens furent des chercheurs assidus et passionnés de l'étymologie des mots, ainsi les jurisconsultes romains ont suivi dans cette voie l'exemple de leurs maîtres¹. D'ailleurs la connaissance des doctrines stoïciennes explique en grande partie les procédés étymologiques des Romains². Comme leurs maîtres du Portique, les jurisconsultes déduisent surtout les idées des idées et non les mots des mots. Ainsi ils ne se soucient point des transformations phonétiques, pourvu seulement qu'il y ait entre deux mots dont l'un dérive de l'autre, des traces révélant l'origine du mot dérivé. Quand Labéon fait venir « soror » de « seorsum », il voit entre les deux termes une ressemblance, mais il ne pense pas aux difficultés phonétiques : il s'attache seulement à l'idée que « soror » dérive de « seorsum » parce qu'elle abandonne sa famille pour entrer dans celle d'un autre³. Il en est de même quand Ulpien fait venir « Familiae » de « Fons memoriae »⁴. Il arrive ainsi souvent que les traces phonétiques sont presque imperceptibles : les jurisconsultes cependant passent outre, en tirant l'étymologie d'un mot, d'un autre qui présente avec le premier une vague ressemblance, mais dont l'idée offre une explication assez satisfaisante. De ceci nous avons un exemple typique, dans l'étymologie de « Miles » donnée par Ulpien (au *Digeste*, XXIX, 1, 1, 1) : « Miles autem appellatur, vel a Militia, id est duritia, quam pro nobis sustinent, aut a Multitudine, aut a Malo, quod arcere milites solent, aut a numero Mille hominum, ductum a graeco verbo, tractum a tagmate »⁵. Ainsi certains rappor-

1. LERSCH, *Die Sprachphilosophie der Alten*, 3^e p. « Rien à ce qu'il semble ne plaisait davantage aux savants de cette époque que les recherches étymologiques. Les grammairiens, les philosophes, les jurisconsultes s'en occupaient également ; on en faisait le fond de l'étude du langage, on s'en servait dans les querelles de la dialectique, on les appliquait à l'intelligence des lois » (BOISSIER, *Etude sur la vie et les ouvrages de M. T. Varron*, p. 149).

2. Cf. CECI, *Le étimologie*, p. 13.

3. Cf. CECI, *op. cit.*, p. 50 et suiv. Voir sur la question de l'étymologie à Rome cet ouvrage capital dont nous nous sommes largement inspiré pour notre travail.

4. *D.*, L, 16, 195, 4.

5. Comme exemples de ces dérivations inspirées par une ressemblance de sens ou de son, voir : *D.*, I, 2, 2, § 16, § 21, § 22, § 27 ; *D.*, XXIV, 2, 2 pr. : « Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium—XXIII, 1, 2 : Sponsalia—XIV, 3, 3 : « Institor... ex eo, quod negotio gerendo instet—L, 1, 1, 1 : municipes appellantur muneris participes ».

chements étymologiques sont assez surprenants, comme dans Varron ; ce dernier par exemple fait venir « territorium » de « teritur » et Pomponius rapporte que certains le font dériver de « terrere »¹. Il est aussi surprenant d'apprendre de Labéon que « Furtum » dérive de « furvo, id est nigro, quod clam et obscuro fiat et plerumque nocte » et de Sabinus qu'il dérive de « fraude », « vel a ferendo et auferendo »².

Comme chez les stoïciens et Varron, on trouve également au *Digeste* des étymologies κατὰ σύνθεσιν, dans lesquelles l'idée dérivée se forme de deux ou trois idées primitives ; comme leurs maîtres, les jurisconsultes trouvent les traces d'un mot même dans la désinence. Labéon trouve l'origine de « cognati » dans la combinaison des trois mots : « commune nascendi initium », et celle de « vidua » dans « sine viduitate »³. Paul voit dans « de meo tuum fit » la trace de « mutui »⁴. Pour Ulpien « exhibere » vient de « extra secretum habere »⁵.

Comme exemple de formation κατ' ἐναντιώσιν (contrario nomine) on peut citer l'étymologie de « Tabernae » donnée par Ulpien (*D.*, L, 16, 183) : « non ex eo quod tabulis cluditur ».

Les jurisconsultes déduisent quelquefois la formation d'un mot d'un fait historique ; Marcien explique : « sanctum autem dictum est a sagminibus. Sunt autem sagmina quaedam herbae, quas legati populi romani ferre solent, ne quis eos violaret »⁶. Ulpien écrit : « Stipendium a stipe appellatum est, quod per stipes, id est modica aera colligatur »⁷. Pomponius trouve l'origine de « Decuriones » dans le fait « quod initio, cum coloniae deducerentur, decima pars eorum, qui ducerentur, consilii publici gratia conscribi solita sit »⁸.

1. VARRON, *De lingua latina*, V, 21. — *D.*, L, 16, 239, 8.

2. *D.*, XLVII, 2, 1. — Voir encore *D.*, L, 16, 31. — XLIII, 26, 1 pr. — L, 16, 238, 2.

3. *D.*, XVIII, 8, 1, 1 — *D.*, L, 16, 243, 3.

4. *D.*, XII, 1, 2, 2.

5. *D.*, XLIII, 29, 3, 8.

6. *D.*, I, 8, 8, 1.

7. *D.*, L, 16, 27, 1.

8. *D.*, *eod.*, 239, 5.

Les étymologies tirées du grec existent aussi au *Digeste* ¹. « Les jurisconsultes recouraient à l'étymologie des mots pour illustrer le concept juridique et pour l'élaborer. C'est là l'importance des étymologies juridiques. Tandis que l'étymologie de Varron demeurait une simple étymologie, celle des jurisconsultes peut être source de nouvelles interprétations du droit, de nouvelles constructions et de nouvelles institutions juridiques » ². Aulu-Gelle dit de Labéon : « *Latinarumque vocum origines rationesque percalluerat : eaque praecipue scientia ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur* » ³. Et il n'était pas le seul à faire ainsi du travail scientifique ; beaucoup de juristes d'ailleurs s'inspirèrent de ses œuvres : « sa méthode, son autorité, ses opinions, ses principes sont le patrimoine commun de tous les jurisconsultes classiques tant sabinien que proculien » ⁴.

En faisant ces recherches étymologiques, les jurisconsultes ne sacrifiaient pas seulement à une mode ou n'imitaient pas seulement leurs maîtres d'une façon stérile, mais cherchaient à mettre de l'ordre et de la raison en une matière jusque là toute pratique, qui faisait des progrès très lents et très insuffisants, parce que les idées vastes manquaient. L'étymologie servait donc à préparer des définitions ; si on compare la définition du « *furtum* » donnée par Labéon avec les autres définitions du même objet proposées par d'autres prudents, on peut constater un grand progrès des unes à l'autre. Ulpien (*D.*, XLVII, 2, 47,7,) définit le voleur « *qui attrectavit quod invito domino se facere scivit* ». Pour Paul (*D.*, XLVII, 2,1, 3) « *Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam*

1. Voir par exemple : *D.*, *eod.*, 144 – XXXVIII, 10, 10, 1 – XLVII, 2, 1 pr.

2. CECI, *Le etimologie*, p. 58.

3. AULU-GELLE, XIII, 10. — PUCHTA, *Institutionen*, I, p. 252 et suiv. : « Labéon a ouvert à l'influence des autres sciences la jurisprudence en lui insufflant une nouvelle vie avec la juste application de sa vaste culture ». On serait injuste envers Servius et même Quintus Mucius Scaevola si on ne datait la naissance de la jurisprudence scientifique que de l'apparition de Labéon. Toutefois on doit reconnaître que la jurisprudence classique reçut de Labéon une plus grande vigueur : « *Labeo ingenii qualitate, et fiducia doctrinae, qui et caeteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit* » (POMPONIUS, *D.*, I, 2, 2, 47).

4. BOULARD, *Salvius Julianus*, p. 134. Cf. COSTA, *Corso di storia* (1911), p. 57-59.

usus ejus, possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere ». D'après Sabinius (rapporté par Aulu-Gelle *N. A.*, XI, 18) « qui alienam rem adtrectavit, cum id se invito domino facere judicare deberet, furti tenetur ». Gaius (III, 195) donne à peu près la même définition. Or Labéon, faisant dériver « furtum » de « furvo », a ajouté du même coup ce qui manquait aux définitions précédentes : le caractère de clandestinité.

De même l'étymologie en déterminant la provenance d'un mot soumet ainsi les mots appartenant à la même idée au domaine d'application d'une loi, ou bien fixe l'extension d'une loi : ainsi Gaius après avoir dit que « Pignus » vient de « pugno », « quia res quae pignori dantur, manu traduntur », ajoute, « unde etiam videri potest verum esse quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui »¹. Et Labéon en déclarant : « originem fuisse supellectilis, quod olim his qui in legationem proficiscerentur, locari solerent, quae sub pellibus usui forent »², résout une difficulté juridique. En effet, en rapprochant cette étymologie de la définition que donne Tubéron du « supellex »³, on comprend que sous ce terme on doit entendre non les objets de luxe, mais ceux qui sont nécessaires à tous. De même l'interprétation du mot « Tignum »⁴ se trouve singulièrement facilitée par son étymologie (tigna, a tegendo) : « unde quidam aiunt tegulam quoque et lapidem, et testam caeteraque, si qua aedificis sunt utilia ; hoc amplius et calcem, et arenam tignorum appellatione contineri »⁵. Et quand Labéon fait dériver « possessio » de « pedis sedibus » ou de « pedis positio », il conclut que deux personnes peuvent posséder la même chose, seulement en ce qu'elles peuvent occuper la même place. Avec cette étymologie Labéon détermine sévèrement la nature fondamentale de la possession et son contenu et il élève à la conscience le « dominium » complet sur l'objet, et de cette intuition jaillit l'impossibi-

1. *D.*, L, 16, 238, 2.

2. *D.*, XXXIII, 10, 7 pr.

3. *D.*, *eod.*, 7, 1.

4. Cf. Douze Tables, VI, 7 (Girard). — *D.*, XLI, 1, 7, 10.

5. *D.*, XLVII, 3, 1, 1.

lité d'une possession « plurium in solidum » que Labéon affirme contre « Trébatius et Sabinus »¹. Enfin c'est de l'étymologie de « mancipium » (a manu capere) que doit venir en grande partie la notion de « res Mancipi et res nec Mancipi »².

Ces exemples suffisent à montrer quel rôle important l'étymologie et la définition ont joué dans les progrès de la jurisprudence romaine, dans le sens d'une élaboration plus scientifique du droit. Mais définition, fixation des termes et étymologie ne sont que la première étape dans la démarche de l'esprit à la recherche de la vérité. Elles élaborent des matériaux dont le prudent aura à se servir dans la construction juridique.

III. — Généralisation. Division. Classification.

« Réduire le particulier au général, la jurisprudence tout entière à quelques principes, comme déjà le voulait Cicéron, est et a toujours été l'indice d'un esprit scientifique »³. La jurisprudence de l'ancien droit avait épuisé ce que l'analyse pouvait donner ; or la méthode analytique suffisait à un droit statique : elle avait même l'avantage d'exercer l'acuité de l'esprit des jurisconsultes, et les aidait à tirer d'un droit aussi condensé que la législation des Douze Tables le maximum de substance juridique. Mais l'analyse a une limite, et lorsque le droit romain eut besoin d'une plus large expansion, il fallait recourir à la synthèse qui ouvre à l'esprit des horizons plus vastes et qui est un des facteurs de l'élaboration scientifique du droit. Et ici, la philosophie et la rhétorique habituant l'intelligence à l'organisation rationnelle des connaissances, créent par là des habitudes d'ordre et de clarté. L'esprit ne se contente plus de voir les choses en elles-mêmes, dans leur entité propre, mais cherche les rapports qui unissent les différentes choses entre elles : au delà des caractères qui font leur différence, il tend à découvrir ce qui fait leur ressemblance. Les décisions d'espèces de la vieille jurisprudence réduisaient la matière

1. CECI, *Le etimologie*, p. 58-59.

2. BONFANTE, *Res Mancipi e nec Mancipi*, I, p. 35. — CECI, *op. cit.*, p. 60-61.

3. BIAGIO BRUGI, *Per il carattere scientif. della giurispr.*, Arch. giur., 19 (1930).

juridique à la complexité et à la multitude hétérogène des cas. Pourtant en négligeant des traits souvent secondaires, il était possible de rapprocher des cas voisins qui dépendaient d'un même principe. Ce travail de généralisation, les jurisconsultes philosophes ont le mérite de l'avoir appliqué au droit romain : la jurisprudence s'organisa ainsi en un vaste système dont les conceptions successives pouvaient s'emboîter les unes dans les autres, de sorte que tel cas déterminé rentrait dans telle catégorie, selon son contenu. Le droit devenait une véritable science¹. Ainsi Gaius posa en principe que le complice d'un vol était aussi passif de « l'actio furti » : « interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecerit, qualis est cujus ope consilio furtum factum est », tandis que les anciens jurisconsultes avaient procédé à une énumération de détails, fatalement incomplète et fastidieuse : « qui nummos tibi excussit, ut eos alius subriperet, vel obstitit tibi, ut alius subriperet, aut oves aut boves tuas fugavit, ut alius eas exciperet : et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum »².

Cependant déjà auparavant, avec Servius, « le droit apparaît sous la forme d'un corps de doctrine, c'est-à-dire d'un ensemble de propositions logiquement déduites d'un certain nombre de prémisses. Cette façon nouvelle d'exposer le droit n'eut pas seulement l'avantage de satisfaire l'esprit par sa clarté : elle facilita l'application du droit. Toute solution conforme aux prémisses fut tenue pour exacte ; toute solution contraire dut être rejetée »³.

Labéon porta à sa perfection la méthode inaugurée par Q. Mucius et Servius. Il s'éleva constamment du particulier au général ; de même Papinien occupe une place prééminente entre tous les jurisconsultes classiques par la perfection de sa méthode, qui ramène sans difficulté chaque espèce à la règle de droit qui la gouverne⁴. Pourtant ces

1. Cf. VERNAY, *Servius et son école*, p. 63.— Les jurisconsultes de la nouvelle école échappaient ainsi au reproche que CICÉRON adressait aux *Veteres* : « Saepe, quod positum est in una cognitione, id in infinita dispertiuntur », (*De leg.*, II, 19)2.

2. GAIUS, III, 202.

3. CUG, *Manuel*, p. 41.

4. Cf. CUG, *Dict. des Antiq.*, V^o Jurisconsulti.

deux jurisconsultes ne sont pas les seuls qui aient su tirer parti de la méthode : tous les classiques, avec plus ou moins de hardiesse recouraient sans cesse aux idées générales ou à la généralisation ¹.

Après avoir ramené les décisions d'espèces à des notions générales, il fallait encore classer par genre, grouper systématiquement les règles de droit. C'est à la philosophie que les jurisconsultes empruntèrent l'art de présenter ces règles dans un ordre systématique et à les développer dans un ordre logique ². Ils classèrent les matières « per genera » et les divisèrent « per partes » pour les exposer plus rationnellement dans leurs ouvrages. C'est Q. Mucius le premier, que Pomponius a loué pour sa méthode scientifique d'exposition du droit : « jus civile ... constituit generatim » ³. Dans son ouvrage *De jure civili* (en 18 livres), les paragraphes sont groupés logiquement et à l'intérieur de chaque livre les matières sont réparties avec un souci d'ordre et de clarté. Ce premier essai de jurisprudence scientifique était encore un peu gauche et Cicéron a pu reprocher à Q.-M. Scaevola certaines classifications sans valeur réelle et superficielles ⁴ ; néanmoins, désormais on s'appliquait à perfectionner la méthode et on tendit à faire des divisions et des classifications qui fussent fondées sur la réalité et qui correspondisent à l'essence des choses et à leurs rapports réels.

Par la division, on donne les espèces que comprend un genre défini. Par la classification on va de l'espèce au genre, du plus complexe au moins complexe. Les jurisconsultes eurent ainsi le souci constant d'établir des relations entre

1. Voir, *D.*, XIX, 1, 17, 7 (LABÉON ap. ULPEN) : « Labéon generaliter scribit, ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificiis esse, quae vero ad praesens, non esse aedificiis », *D.*, II, 14, 7, 14 (ULPIEN), *eod.*, 7, 16 (MARCELLUS, ap. ULPEN) : « Et generaliter quotiens pactum a jure communi remotum est, servari hoc non oportet : nec legari, nec iusjurandum de hoc adactum ne quis agat servandum Marcellus... scribit » ; *D.*, V, 1, 76 (ALFÉNUS) : après avoir étudié un cas d'espèce, Alfénus énonce la règle générale : « quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari » ; *D.*, V, 3, 9 (ULPIEN). — VI, 1, 5, 1 (POMPONII ap. ULPEN). — VII, 1, 25, 5 (JULIEN ap. ULPEN) ; *L.*, 16, 219 (PAPINIEN). Cf. LENEL, *Pating. Papin. responsorum*, t. I.

2. Cf. CUQ, *Manuel*, p. 40 et suiv.

3. *D.*, I, 2, 2, 41.

4. CICÉRON, *Brutus*, 41.

les diverses parties d'un même objet, tout en les distinguant nettement. Longtemps le « paterfamilias » exprimait sa puissance sur les personnes et les choses de sa « familia » par un possessif ou le terme générique de « manus », mais bientôt l'analyse scientifique permit à la jurisprudence de distinguer diverses espèces de puissances appartenant au genre « manus »¹, en raison de la diversité des maîtrises et des objets auxquels elles s'appliquent. On divisa d'abord la « manus » en deux espèces : la « potestas » (puissance sur les personnes) et le « dominium » (puissance sur les choses). La « potestas » à son tour se subdivisa en « patria potestas » qui s'exerce sur les enfants, en « dominica potestas », sur les esclaves, en « manus » sur la femme mariée « cum manu », et en « mancipium » sur un « filius familias » mancipé par son père².

M.-H. Goudy soutint que beaucoup de constructions juridiques des Romains sont artificielles et sont dues surtout à des croyances sur le symbolisme mystique des nombres³. L'argument tiré du texte de la constitution « Tanta » § 1 : « Non perperam neque sine ratione sed in numerorum naturam et artem respicientes et consentaneam eis divisionem partium conficientes » (le *Digeste* étant en effet divisé en sept parties), n'est peut-être pas suffisant pour conclure que les jurisconsultes classiques avaient adopté le nombre quatre dans leurs classifications pour une raison semblable : Justinien pouvait bien avoir subi, par l'intermédiaire du christianisme, l'influence hébraïque ; le nombre sept avait en effet une valeur mystique dans l'Ancien et même le Nouveau Testament⁴.

La division quadripartite retrouvée dans un certain nombre de classifications n'est pas la preuve d'un attachement particulier des prudents pour le nombre quatre : du reste

1. Cf. CORNIL, *Droit romain*, p. 18.—Cuq, *Manuel*, p. 41.

2. Cf. GAIUS, I, 49.

3. H. GOUDY, *Artificially of roman juristic classifications* in *Studi C. Fadda* t. V, p. 207-226. Cf. J. DUQUESNE, *Compte rendu des Studi Fadda*, N.R.H., 1908, p. 266.

4. HOFMANN (*Z.R.G.*, t. XI, p. 340 et suiv.) voit dans la division du *Digeste* en 7 parties une application un peu déformée des conceptions pythagoriciennes sur la mystique des nombres.

les jurisconsultes savaient l'abandonner quand elle ne correspondait pas à l'essence des choses ; ainsi Q. Mucius a trouvé cinq genres de tutelles, Servius Sulpicius trois et Labéon deux. Il en est de même de la division des personnes et de celle des choses.

Quoi qu'il en soit, l'influence de la philosophie s'est exercée sur la méthode des jurisconsultes, et ceux-ci pour exposer logiquement et systématiquement le droit divisent la matière juridique et classent les espèces sous un genre donné, puis subdivisent encore les espèces, pour étudier ensuite chaque partie séparément. Dès le premier fragment du *Digeste*, on trouve une division dichotomique du droit (énoncée par Ulpien) en « jus publicum » et « jus privatum » lequel se subdivise en « jus naturale », « jus gentium » et « jus civile ». A son tour, « omne jus, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones »¹. Puis les hommes se divisent en hommes libres et en esclaves, et parmi les hommes libres, on distingue ceux qui sont nés libres de ceux qui le sont devenus par affranchissement. « Rursus libertinorum tria sunt genera ; nam aut cives romani aut latini aut dediticiorum numero sunt »².

Gaius mentionne une autre division des personnes : « quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno juri subjectae sunt. Rursus earum personarum, quae alieno juri subjectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt »³. La ressemblance avec la méthode stoïcienne et aristotélicienne éclate dans chacune de ces divisions⁴. On conçoit sans doute que l'esprit humain dont les lumières progressent comme la civilisation elle-même, soit capable par lui-même de découvrir la méthode, mais il est cependant incontestable que les jurisconsultes romains, nourris dès leur enfance de philosophie et de rhétorique, aient tout naturellement appliqué les principes qu'ils entendaient sans cesse répéter.

On peut encore citer la division des choses (donnée par

1. GAIUS, I, 8.—D., I, 5, 1.

2. GAIUS, D., I, 5, 3.—MARCEN, D., I, 5, 5, pr.—GAIUS, I, 9-11-12.

3. GAIUS, I, 48-49.

4. Cf. *supra*, p. 84, 86 et 90.

Gaius dans ses *Institutes* et rapportée au *Digeste*) en « res divini juris » et « res humani juris », qui se subdivisent respectivement en « res sacrae et religiosae » et en « res publicae aut privatae ». A côté de cette « summa divisio » l'on a aussi la division en « res corporales » et « res incorporales » et une troisième division, de Marcien, en « res communae », « res universitatis », « res nullius » et « res singulorum »¹. Cette dernière est peut-être moins scientifique, plus superficielle et ne correspond pas entièrement à l'essence des choses : malgré ce elle manifeste un besoin d'ordre et correspond à certaines règles juridiques. Gaius donne encore plusieurs autres classifications : celle des sources d'obligations, celle des obligations « ex contractu », celle des contrats re et la division des contrats consensuels, des délits et des quasi-délits². Pomponius donne des stipulations une division en quatre espèces dans son *Commentaire sur Sabinus*³.

Mais assurément, les classifications les plus intéressantes sont celles des tutelles et celle du « furtum ». On peut saisir pour ainsi dire sur le vif le travail d'élaboration scientifique du droit entrepris par les jurisconsultes. En effet Gaius nous rapporte que la question de savoir en combien de genres on peut ramener les espèces de tutelles a été longuement discutée. Q. Mucius en trouvait cinq, Servius Sulpicius et quelques autres, trois, tandis que Labéon en découvrait deux et alors que certains estimaient que les espèces étaient irréductibles et qu'il y avait autant de genres que d'espèces⁴. Or ces espèces étaient : la tutelle testamentaire, la tutelle optive, la tutelle légitime des agnats, la tutelle des patrons, la tutelle fiduciaire des émancipés, la tutelle cessive, la tutelle des tuteurs substitués, celle des tuteurs prétoriens et des tuteurs atiliens⁵. Q. Mucius les rapporte à cinq genres qu'on croit être : la tutelle testamentaire, légitime, dative, fiduciaire et cessive. La classification de Servius est plus scientifique ; elle a pour base les trois sources des tutelles,

1. GAIUS, II, 2-13.—D., I, 8, 1 et 2.

2. D., XLIV, 7, 1 pr. et 1 ; D., XLIV, 7, 5, 4-6.—GAIUS, III, 89 ; 135 ; 182.

3. D., XLV, 1, 5 pr.

4. GAIUS, I, 188.

5. GAIUS, I, 144, 150, 155, 165, 166, 168, 173, 184, 185. Cf. VERNAY, *Servius et son école*, p. 64 et suiv.

d'où on a les trois genres suivants : la tutelle testamentaire, légitime et dative. Celle de Labéon est encore plus rationnelle : il distingue la tutelle pupillaire et celle des femmes ¹.

La question du « *furtum* » a été aussi très discutée : « *Furtorum autem genera Servius Sulpicius et Masurius Sabinus IV esse dixerunt, manifestum et nec manifestum, conceptum et oblatum* ». Mais Labéon conteste cette classification : il ne distingue que deux genres : « *manifestum et nec manifestum* » ². Gaius adopte le point de vue de Labéon dans son *Commentaire de l'édit du gouverneur de province*, « *nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum* » ³.

Comme on le voit par ces deux textes sur la tutelle et le vol, les jurisconsultes employaient même le vocabulaire philosophique et distinguaient soigneusement genres et espèces. On peut donc affirmer que ce désir de faire de la jurisprudence une œuvre scientifique est né de leur contact avec la philosophie. Celle-ci les a aidés aussi dans l'interprétation qu'ils firent pour éclairer ou étendre la portée des textes législatifs.

IV. — *L'interprétation*

Pour interpréter les textes obscurs, qu'il s'agisse des lois ou des conventions entre particuliers, les jurisconsultes trouvaient dans la philosophie les principes qui devaient les guider dans leur recherche. Ils recouraient volontiers à l'interprétation grammaticale, telle qu'elle était recommandée par Cicéron et les rhéteurs ⁴. Pour cela, ils s'appuyaient sur l'étymologie des termes employés de manière à retrouver par delà les mots l'intention du législateur, ou bien fixaient le sens primitif ou usuel des mots qui donnaient lieu à la difficulté, marquaient la différence des termes voisins, éclairaient les ambiguïtés et appuyaient leur raisonnement sur des règles de syntaxe. Ainsi Ulpien fait remarquer que

1. VERNAY, *op. cit.*, p. 64 et note 3 ; p. 65 et note 3.— AULU-GELLE, V, 13.— PERNICE *Labeo*, p. 24.

2. GAIUS, III, 183.

3. *D.*, XLVII, 2, 2.— GAIUS, III, 183.

4. CICÉRON, *Parl. or.*, 36 ; *De inv.*, II, 17.

« Pronuntiatum et statutum idem potest » ou bien que « cognoscere instrumenta » est différent de « dispungere » ; Gaius et Servius notent que « duobus negativis verbis quasi permittit lex magis quam prohibuit »¹. La question de la conjonction ou de la disjonction de deux membres de phrase est souvent discutée : elle passionne Paul, Labéon, Pomponius, Q. Mucius et Proculus². L'influence du Portique est assez manifeste, notamment dans le texte suivant de Proculus : « Hæc verba « ille aut ille » non solum disjunctiva sed etiam subdisjunctivæ orationis sunt. Disjunctivum est, veluti cum dicimus « aut dies aut nox est », quorum posito altero necesse est tolli alterum, item sublato altero poni alterum. Ita simili figuratone verbum potest esse subdisjunctivum. Subdisjunctivi autem genera sunt duo : unum, cum ex propositis finibus ita non potest uterque esse, ut possit neuter esse, veluti cum dicimus, « aut sedet aut ambulat » ; nam ut nemo potest utrumque simul facere, ita aliquis potest neutrum, veluti is qui accumbit. Alterius generis est, cum ex propositis finibus ita non potest neuter esse, ut possit utrumque esse, veluti cum dicimus « omne animal aut facit aut patitur » : nullum est enim quod nec faciat nec patiatur : at potest simul et facere et pati »³. Appliquant ces principes scientifiques d'interprétation, ils réduisaient les difficultés, les sériaient et donnaient des solutions d'une extrême rigueur logique qui étaient loin de la paraphrase littérale et étroite des *Veteres*. Alfénus Varus au livre VII de ses *Digesta* nous donne un exemple typique de cette façon d'interpréter un texte imprécis⁴ : « une lex censoria » relative aux droits à percevoir au port de Sicile portait cette disposition : « Servos quos domum quis ducet suo usu, pro his portorium ne dato ». Or le cas à résoudre était de savoir si un propriétaire qui envoyait de Sicile à Rome des esclaves pour la culture de ses terres devait payer les droits. Pour donner sa réponse notre jurisconsulte discutait successivement ce qu'on entendait communément par « ducere

1. *D.*, L, 16, 46 pr. et 56 ; *eod.*, 237.

2. *D.*, *eod.*, 28, 1 et 29 ; *eod.*, 53 ; *eod.*, 123.

3. *D.*, *eod.*, 124. Rapprocher ces textes de DIOGÈNE LAERCE, VII, 1, 72-77.

4. *D.*, *eod.*, 203.

domum », et le sens qu'il fallait attribuer au mot « suo usu » à la suite de quoi, la question qui donnait lieu à la difficulté se trouvait automatiquement résolue.

Les jurisconsultes savaient aussi abandonner l'interprétation grammaticale quand elle ne pouvait pas donner les résultats escomptés et s'appuyaient alors sur l'interprétation logique. On rapprochait alors le texte douteux d'autres passages de la même loi. Celse posait en principe que : « Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere »¹. Ou bien l'on comparait la loi en question à d'autres textes législatifs soit contemporains, soit anciens : « Non est novum, dit Paul, ut priores leges ad posteriores trahantur »². Il était également recommandé d'éclairer le sens d'une loi par la coutume (rapprochement qui révèle ainsi l'intention du législateur), ou par les jugements qui ont acquis par leur constance, une force quasi-législative³. Souvent il est utile de rechercher l'esprit de la loi, la « voluntas legis » pour éclairer un texte ambigu : « In ambigua voce legis, recommande Celse, ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit »⁴. La recherche de l'intention du législateur, quand il s'agit d'interpréter un texte législatif, soit de celle des contractants, pour un acte de la vie pratique, préoccupait grandement les jurisconsultes classiques. La lettre de la loi si importante pour les prudents de l'ancien droit, était désormais vaincue par l'esprit de la loi : « contra legem facit, dit Paul, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui *salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit* »⁵. On distinguait la parole de la pensée : ῥητὸν ἀπὸ διανοίας⁶, et les jurisconsultes posaient le principe qu'il fallait pénétrer au delà des termes employés pour saisir la pensée du législateur ; Alfénus répondit à un demandeur « non oportere jus civile calumniari neque verba

1. *D.*, I, 3, 24.

2. *D.*, *eod.*, 26 ; 27 (TERTULLIEN).

3. *D.*, *eod.*, 37 (CALLISTRATE) ; *eod.*, 38 (Callistrate d'ap. Constitution de l'empereur Sévère).

4. *D.*, *eod.*, 19.

5. *D.*, I, 3, 29. Cf. SOHM, *Institutionen*, p. 18-19.

6. *D.*, *eod.*, 30 (ULPIEN).

captari, sed *qua mente quid diceretur*, animadvertere convenire »¹ et Modestin également fait remarquer à propos d'une décision que : « etsi maxime verba legis hanc significationem habeant, tamen sententia legis latoris latius flagitat »². Et en effet, dit Celse, ce n'est pas connaître les lois que d'en saisir les termes, il faut encore en approfondir l'esprit et l'étendue, et elles doivent être interprétées de manière que la « *voluntas legis* » soit conservée³. Toutefois cette recherche de l'esprit a une limite et pour éviter des chicanes et des interprétations trop subtiles qui ne répondent pas à la réalité, lorsque les termes ne présentent rien d'équivoque, il ne faut pas soulever de question sur la « *voluntas* »⁴.

Le même souci de rechercher l'intention et l'esprit au lieu de s'en tenir à la lettre, se manifeste également à propos des contrats⁵.

Cette interprétation logique a pour résultat d'étendre ou de restreindre la portée apparente de la loi : tantôt on applique la loi à des cas qui, sans être visés explicitement par le texte législatif, rentrent, cependant, dans les hypothèses envisagées d'après la « *voluntas legis* », tantôt on écarte les cas contraires à l'esprit de la loi, quoiqu'ils paraissent y être soumis, d'après la lettre du texte.

S'appuyant ainsi sur la νόμου διαβολα, les jurisconsultes purent étendre la loi au moyen de l'interprétation par analogie : du reste ils avaient pris l'habitude de motiver leurs décisions⁶. Quand donc il y avait mêmes raisons de décider dans un cas que ne visait pas la loi, il était raisonnable d'étendre la loi à ce cas. Le raisonnement par analogie était une forme de raisonnement très courante chez les grammairiens⁷. L'extension d'une loi par voie d'analogie se justifie

1. *D.*, X, 4, 19.

2. *D.*, XXVII, 1, 13, 2 (Trad. latine KRUEGER).

3. *D.*, I, 3, 17 et 18.

4. *D.*, XXXII, 25, 1.

5. Cf. *D.*, III, 5, 46 pr. ; II, 14, 40, 3.

6. Cf. par exemple : *D.*, IV, 4, 11, 4 ; IV, 5, 3, 1 ; *cod.*, 4 ; V, 2, 22, 3 ; VI, 1, 23, 5 ; VII, 1, 33, 1.

7. Cf. VARRON, *De lingua latina*, VIII, IX et X, *passim*.— AULU-GELLE, II, 25.— La question de l'analogie et de l'anomalie était très discutée dans l'antiquité, chez les grammairiens et même les philosophes. Cratès s'appuyant sur l'autorité de Chrysippe était le champion de l'anomalie et Aristarque, champion de l'analogie (VARRON, *op. cit.*, IX, 1).

par le fait que le législateur ne peut pas prévoir tous les cas ; en effet, écrit Julien : « neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri »¹. C'est pourquoi, du moment que tous les cas particuliers ne peuvent être renfermés dans les lois ou les sénatus-consultes, lorsque leur sens est clair dans une cause, le juge peut les étendre aux causes semblables, et rendre en conséquence ses jugements², car au dire de Tertullien, toutes les lois sont censées faites pour régler les personnes et les choses qui se trouveront dans un cas semblable³. D'ailleurs d'après Gaius il semble que « legis latorem voluntatem suam verbis expressisse »⁴. Toutefois dans leur sens de la réalité pratique, les jurisconsultes savaient employer la méthode, quand elle menait à bonne fin et servait à faire progresser le droit, mais ils se refusaient à étendre une loi par analogie quand elle avait été introduite par erreur ou sans raisons⁵. Cette exception mise à part, les jurisconsultes ne se faisaient pas faute d'user de l'analogie pour mettre constamment le droit en mesure de sanctionner toutes les situations nouvelles. On est loin de la paraphrase littérale et étroite du texte, telle qu'elle était conçue par la jurisprudence d'avant la fin du VI^e siècle.

Pour interpréter les lois, les jurisconsultes imbus de philosophie se servaient également d'arguments inspirés de la logique stoïcienne ou aristotélicienne⁶ : par exemple l'argument « a contrario » : « Ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere »⁷, ou bien l'argument « a fortiori » : étant donné tel cas qui tombe sous le coup d'une loi, il s'ensuit que tel autre cas, qui appartient à une espèce inférieure doit à plus forte

1. *D.*, I, 3, 10.— CICÉRON la justifie par les mêmes raisons (*De inv.*, II, 50).

2. *D.*, *eod.*, 12 ; 13 (PEDIUS ap. ULPIN).

3. *D.*, *eod.*, 27.

4. GAIUS, III, 76.

5. Cf. *D.*, *eod.*, 39 (CELSE).

6. Cf. CUG, *Manuel*, p. 43, n. 6.

7. *D.*, XXI, 5, 18 (PAUL).

raison relever de cette loi¹. On trouve aussi une forme de raisonnement semblable dans l'application du principe : « qui peut le plus peut le moins ». « Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere »², écrit Ulpien. Ce sont parfois des ébauches de syllogisme, qu'il serait facile de rétablir³. Et l'on relève aussi dans les écrits des jurisconsultes classiques l'argument par l'absurde⁴.

Le sorite, forme de raisonnement très connue des stoïciens et des académiciens, n'était pas inconnu des prudents ; ils savaient discerner avec habileté en quoi il était souvent captieux : « Ea est natura cavillationis, quam graeci σωρίτην appellant, ut ab evidentè veris per brevissimas mutationes disputatio ad ea, quae evidentè falsa sunt, perducantur »⁵.

Avec de tels procédés et une telle méthode, l'œuvre des prudents devenait une œuvre scientifique et Leibniz a pu vanter « leur dialectique serrée, qu'il a comparée à celle des géomètres, la sûreté mathématique avec laquelle ils déduisaient les conséquences de leurs principes »⁶.

1. Cf. *D.*, L, 17, 26.—V, 2, 22, 2.

2. *D.*, L, 17, 21.

3. *D.*, V, 2, 29, 3.

4. *D.*, VI, 1, 27, 5 *in fine*.—VII, 6, 3.

5. *D.*, L, 17, 65.

6. Cf. *Cuq, Dict. des Antiq.*, V^o *Jurisconsulti*, p. 719, n. 1.

CHAPITRE II

LA CONCEPTION DE LA LOI ET SON INFLUENCE SUR LE DROIT

Section I

La justice, le droit, la loi

Le problème du droit au dire d'Ulpien a son origine dans la conception de la justice : « (Jus) est autem a justitia appellatur », car dit-il avec Celse « Jus est ars boni et aequi »¹. Ainsi donc le désir des jurisconsultes est de rattacher le droit à des conceptions supérieures, et de remonter à sa source la plus haute, au point où il est uni intimement à la sagesse humaine et divine. Et le droit devient ainsi l'objet de la justice, la manifestation de cette notion première adéquate à la nature de l'homme sociable. La justice est donc le fondement ou la fin du droit ; elle est « l'âme » du droit suivant la formule belle, mais un peu imprécise de Schutzenberger². « Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi », c'est ainsi que la définit Ulpien³. Ici l'influence de la philosophie grecque est considérable : le jurisconsulte a reproduit dans cette définition les leçons

1. *D.*, I, 1, 1 pr.

2. Cf. L. LE FUR, *Le fondement du droit ; Les lettres*, décembre 1925, p. 630. « Avant qu'il y eut des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles... Il faut donc avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les établit » (MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, ch. I).

3. *D.*, I, 1, 10, pr.

des pythagoriciens et des stoïciens¹. Du reste les Grecs ont écrit de nombreux traités sur la justice (περὶ δικαιοσύνης ou περὶ δικαίου ou περὶ νόμου ἢ περὶ καλοῦ καὶ δικαίου) : Diogène Laërce nous a conservé leurs noms et leurs ouvrages². Les philosophes des différentes sectes se sont préoccupés de la question : Antisthène, Héraclide, Aristote, Chrysippe et quelques autres ont abordé le problème.

A Rome, Cicéron n'a fait que reproduire plus ou moins les leçons des maîtres ; son œuvre constitue donc pour nous une source de renseignements précieuse, puisque à travers ses ouvrages on peut retrouver la pensée des philosophes grecs, surtout celle des stoïciens³. Or il définit ainsi la justice⁴ : « Justitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem ». Elle est donc une vertu, une « habitus animi », et en effet Pythagore divise la vertu en prudence, justice et tempérance, tandis que Démocrite fait une division quadripartite en : tempérance, force d'âme, justice, prudence⁵. L'εὐπραξία de Socrate, c'est-à-dire l'habitude de faire de bonnes actions consiste dans la pratique de la prudence, de la tempérance, de la force d'âme et de la justice⁶. Pour Platon la justice est le résultat de l'ensemble harmonieux de la prudence, de la force d'âme et de la tempérance⁷ ; et les stoïciens acceptent également cette théorie des quatre vertus.

Donc dans l'ensemble des systèmes philosophiques de la Grèce, la justice est reconnue comme une vertu. Or le caractère propre de la vertu est la « constantia », la continuité : car un seul acte ne fait pas la vertu. C'est ce que déclare Cicéron à la suite de l'Ecole stoïcienne : « una virtus est consentiens cum ratione et perpetua constantia » et ailleurs plus nettement : « Sic constans et perpetua ratio

1. Cf. SENN, *De la justice et du Droit*, p. 4, 6 et 47.— Sur l'influence pythagoricienne, cf. J. CARCOPINO, *La basilique pythagoricienne de la Porte Majeure*, p. 182-195.

2. Cf. DIOGÈNE LAERCE, II, 13, 122 ; IV, 1, 4 ; IV, 2, 12-13 ; V, 1, 22 ; V, 3, 59 ; VI, 1, 16 ; VII, 1, 129 ; X, 28.

3. Cf. A. BILL, *La morale et la loi*, I, p. 230-231.

4. CICÉRON, *De inv.*, II, 53.

5. A. DESJARDINS, *Les devoirs*, p. 329.

6. J. DENIS, *Histoire des théories et des idées morales de l'antiquité*, I, p. 59.

7. O. LISCU, *Sur la langue de la philosophie morale de Cicéron*, p. 232.

vitae, quae est virtus, itemque inconstantia, quod est vitium ... »¹. C'est d'ailleurs la leçon des stoïciens : « communius autem virtutem esse dicunt (stoici) animi affectionem secum per totam vitam consentientem »². En définissant donc « Justitia est constans et perpetua », Ulpien y voit une « habitus animi », une « virtus » possédant un des attributs de la vertu, la « constantia »³.

Et quand le jurisconsulte lui donne pour caractère essentiel d'être une « voluntas », il ne fait que se rapprocher de la doctrine des pythagoriciens et des stoïciens. Car « habitus et voluntas » ne sont en somme que deux aspects différents de la vertu de justice. Que serait-ce en effet une disposition vertueuse (habitus animi) qui ne serait pas en même temps action ou seulement volonté de se mettre en œuvre. Et vice versa « la voluntas » est une « habitus animi » qui est prête à l'action. C'est une volonté, une disposition active⁴. En somme, on peut dire que la définition de Cicéron et celle d'Ulpien se complètent pour rejoindre la pensée des stoïciens qui voient dans toute vertu à la fois *ἐπιστήμη* και *τέχνη* : « φρόνησιν μὲν οὖν καὶ σωφροσύνην καὶ δικαιοσύνην καὶ ἀνδρείαν ἐπιστήμας εἶναι τινῶν καὶ τέχνας »⁵, à la fois la connaissance du bien et la volonté de le réaliser⁶. C'est pourquoi Ulpien, parlant des jurisconsultes et les comparant à des prêtres, des sages (le sage stoïcien réalise la perfection de la vertu) écrit : « justitiam ... colimus et boni et aequi *notitiam* profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes »⁷. Le philosophe stoïcien ne parle pas autrement : « δικαιοσύνην δὲ ἐπιστήμην ἀπονεμητικὴν τῆς ἀξίας ἐκάστω »⁸.

Mais la justice est aussi la mise en œuvre de cette connais-

1. CICÉRON, *Parad.*, III, 1 ; *De leg.*, I, 17. La même opinion est exprimée par SÉNÈQUE, *Ep.*, 120. Cf. DIOGÈNE LAERCE, VII, 1, 128.

2. *Fragm. phil. graec.* (Firmin DIDOT), II, p. 64. Trad. latine de l'édition.

3. Cf. SENN, *De la justice et du droit*, p. 8-11.

4. Voir dans SENN, *De la justice et du droit*, p. 11-14, une étude exhaustive de la question, traitée d'un autre point de vue, qui a été pour nous un guide précieux sur ce sujet.— CICÉRON, *De off.*, I, 5 parlant de la justice, dit qu'elle est une vertu active.

5. *Frag. phil. graec.*, II, p. 62.

6. Pour la philosophie platonicienne et stoïcienne, connaître le bien entraîne sa réalisation.

7. *D.*, I, 1, 1, 1.

8. *Frag. phil. graec.*, II, p. 64 ; *Stoic. vet. fg. Arnim.*, I, n° 262.

sance. Elle est l'« ars (ou τέχνη) tribuendi cuique suum jus ». Or cette τέχνη est en relation étroite avec la « voluntas » : « actio recta non erit », écrit Sénèque « nisi recta fuerit voluntas » et Aristote dit de même : « Est volontaire (ἐκούσιον-voluntarium) tout ce que quelqu'un fait de juste »¹.

Or la justice se manifeste dans le droit, son objet, qui est la réalisation de cette vertu et du bien souverain dont la justice est une des parties. Aussi Celse définit-il le droit (jus) comme « ars boni et aequi », ce qui est la conséquence de la « notitia boni et aequi »².

Mais la fin de la justice est d'attribuer à chacun selon ce qui lui est dû. Et ceci, dit Cicéron, c'est l'honnêteté : « (honestas versatur) in hominum societate tuenda, tribuendoque suum cuique, et rerum contractarum fide »³. C'est pourquoi l'on ne doit pas s'étonner de trouver parmi les « juris praecepta », la prescription : « honeste vivere » (D., I, 1, 10, 1). Ce précepte touche presque à la morale et il paraît étrange de faire entrer cette notion dans l'idée générale de justice. Or, comme nous l'avons vu, la justice est une des parties de « l'honestum » (τὸ καλὸν, car pour Platon ainsi que pour les stoïciens, ce terme exprime l'idée du beau identique à l'idée du bien, de la vertu)⁴ : « εἶδη δὲ εἶναι τοῦ καλοῦ τέτταρα : δίκαιον... »⁵. Or les stoïciens considèrent comme le principe fondamental de la morale, la vie conforme aux règles générales de la raison et de la nature : mais « vivre conformément à la nature, c'est réaliser le souverain bien, qui seul doit être recherché pour lui-même et qui consiste dans l'honnête »⁶. Zénon, Cléanthe, Chrysippe et leurs

1. SÉNÈQUE, *Ep.*, 95 – ARISTOTE, *Mor. à Nic.*, V, 9, 1.

2. D., I, 1, 1 pr ; *eod.*, 1. M. LE FUR (*Les lettres*, décembre 1925, p. 632) reproche à la définition de Celse d'être trop vague, parce que, dit-il, elle s'appliquerait tout aussi bien à la morale. Or précisément cette confusion même du domaine du droit strict (lato sensu) et de la morale est une preuve de plus en faveur de la thèse de l'influence de la philosophie sur la jurisprudence romaine : les jurisconsultes ont appliqué au droit les conceptions philosophiques de la vertu qui embrasse tout le domaine de l'activité humaine et non pas seulement le domaine plus restreint des relations juridiques : tandis qu'ailleurs (D., L, 17, 144) on distingue les deux domaines : « Non omne quod licet honestum est ».

3. CICÉRON, *De off.*, I, 5.

4. O. LISCU, *Etude sur Cicéron*, p. 150.

5. DIOGÈNE LAERCE, VII, 100.

6. O. LISCU, *op. cit.*, p. 148. Cf. A. BILL, *La morale et la loi*, p. 166. – CICÉRON *Tusc.*, II, 19 : « quod honestum sit summum bonum... », CICÉRON, *De fin.*, V, 23.

successeurs expliquent ainsi l'« honeste vivere » : « Ex his (les philosophes précités) igitur manifesto apparet, verba idem declarantia esse, secundum naturam vivere, honeste vivere et recte vivere, atque omne honestum et bonum omnemque virtutem et quod particeps est virtutis; ac bonum omne honestum esse et malum turpe; ideoque finem etiam stoïcum idem valere quod vitae degendae rationem ad virtutis normam directam »¹.

Le second devoir qui dérive de la justice est de ne pas faire du tort à autrui (*alterum non laedere*); il est la conséquence normale de « l'honeste vivere », car pour réaliser en soi le souverain bien le τὸ καλόν, « l'honestum », il faut pratiquer les devoirs inhérents à la vertu. Cicéron l'a déjà mentionné au *De officiis* (I, 7) : « *Justitiae primum munus est, ut ne cui quis noceat* » et ailleurs (I, 10) : « *Referri enim decet ad ea, quae posui principio fundamenta justitiae : primum, ut ne cui noceatur* ». C'est « un écho de l'enseignement stoïcien proclamant que la justice est une vertu tout entière relative à autrui »².

Du reste ce devoir est aussi la conséquence d'un sentiment que doit susciter la vertu de justice, « l'humanitas » (la φιλανθρωπία des stoïciens), sentiment d'une solidarité universelle : « ...homines autem hominum causa esse generatos... »³ dit Cicéron.

Et l'obligation de ne faire du tort à personne entraîne celle de rendre à chacun ce qui lui revient (*suum cuique tribuere, suam cuique tribuens dignitatem*, dit Cicéron). Telle est aussi la prescription des stoïciens : « *δικαιοσύνην δὲ ἐπιστήμην ἀπονεμητικὴν τῆς ἀξίας ἐκαστῶ* » et ailleurs « *ὅταν δὲ τὸ κατὰ ἀξίαν ἐκαστῶ νεμῇ, δικαιοσύνην* »⁴.

Entre les hommes il y a donc des rapports de droits et ces rapports trouvent leur fondement non dans la volonté des individus participant à la vie en société et passant la convention d'utilité de ne pas se nuire mutuellement, ainsi que le

1. *Frag. phil. graec.*, II, p. 70. Sur les rapports de la justice avec l'« honestum », cf. CICÉRON, *De fin.*, V, 23.

2. SENN, *De la justice et du droit*, p. 43.

3. *Stoic. vet. fg.*, III, n° 292 : ἡ τε φιλανθρωπία... φιληκὴ χρῆσις ἀνθρώπων ὑπαρχούσα — CICÉRON, *De off.*, I, 7. Cf. *De fin.*, V, 23; *De off.*, I, 14.

4. *Fg. phil. graec.*, II, p. 64. — *Stoic. vet. fg.*, III, n° 262; I, n° 374.

pense Epicure, mais dans la nature, comme l'enseignent les stoïciens¹ : « Jus est natura » écrit Cicéron, ou encore « Juris natura fons est »². Or dans ces rapports, il doit y avoir une proportionnalité, une égalité, non pas sur la base de la confusion des mérites, mais sur la base de la répartition proportionnelle. Aussi dit-on que le « jus » est « ars aequi », de même que l'auteur de la *Rhétorique à Hérennius* (III, 2) a écrit : « Justitia est aequitas jus uni cuique retribuens pro dignitate cujusque ».

Comme nous l'avons déjà dit, le droit n'est que la mise en œuvre de cette justice : il a pour but de sanctionner ces rapports. Or l'homme est à la fois une des créatures du monde, le citoyen de la cité universelle qui englobe tout le genre humain (suivant l'enseignement stoïcien) et le citoyen de sa cité particulière. Les rapports diffèrent avec chacun de ces trois états. Ainsi donc suivant les sources des préceptes, le droit peut se diviser en trois parties : « jus naturale », « jus gentium » et « jus civile », « collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus »³. La distinction du « jus naturale et du jus gentium », n'est pas, dans les œuvres des jurisconsultes et des philosophes, toujours établie avec autant de netteté que dans le fragment d'Ulpien (*D.*, I, 1, 1, 3 et 4). Certains textes parlent seulement de deux sources du droit : « le jus gentium » (parfois jus naturale) et le « jus civile ». Ainsi écrit Gaius : « Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur ; ... quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure gentes utuntur »⁴. Gaius distingue ainsi d'une part le « jus gentium » et d'autre part le « jus civile », tandis que Paul parle du « jus naturale » et du « jus civile », et il conçoit le « jus naturale » comme « id quod semper aequum ac bonum

1. Cf. DIOGÈNE LAERCE, X, 150, 33. — *Fg. phil. graec.*, II, p. 76 : τὸ τε δίκαιον φασὶ φύσει εἶναι καὶ μὴ θέσει.

2. CICÉRON, *De off.*, III, 17 et 21.

3. *D.*, I, 1, 1, 2. — Nous négligeons dans cette étude la distinction du « jus » en « jus publicum » et « jus privatum ». Elle est purement juridique et n'a été influencée par aucune conception philosophique. Cf. CICÉRON, *De off.*, III, 17.

4. GAIUS, I, 1. — *D.*, I, 1, 9. — GAIUS, III, 154. — *D.*, XLI, 1, 1 pr.

est »¹. Ulpien lui-même dans son traité de *Regulis juris* rapporte au « jus naturale » l'égalité de tous les hommes².

D'autres textes semblent opposer le droit naturel au droit des gens³. Ainsi Florentin (*D.*, I, 5, 4 pr. et 1) écrit : « Libertas est naturalis ratio, facultas ejus quod cuique facere libet ... Servitus est constitutio juris gentium ». Mais c'est chez Ulpien que nous trouvons la distinction la plus nette entre le « jus civile », le « jus naturale » et le « jus gentium ». Le « jus civile » est celui qui est particulier à chaque cité, tandis que le « jus gentium » est celui « quo gentes humanae utuntur »⁴, et qui régit tous les hommes en tant qu'êtres raisonnables, et en tant que citoyens de la cité universelle. Il distingue un troisième domaine d'application du droit, plus étendu que les deux autres, qui comprend presque toute la nature. Le droit qui s'y applique reçoit le nom de « jus naturale ». Voici d'ailleurs la différence du « jus naturale » et du « jus gentium » : « ... quod (jus gentium) a naturali recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit »⁵. Ainsi pour Ulpien le « jus naturale » est celui que la nature inspire à tous les animaux : ce droit n'appartient pas seulement aux hommes, il convient à tous les animaux qui vivent sur la terre et dans les eaux. Mais quel est l'objet d'un tel droit, commun à toute la nature ?

1. *D.*, I, 1, 11.

2. ULPYEN, *De reg. juris*, 32.

3. Nous négligeons le sens qu'on donne au « jus gentium », quand on désigne ainsi l'ensemble des règles de droit applicables aux pérégrins, qu'on peut aussi invoquer dans les relations entre Romains et pérégrins. Pour ce point de vue, voir CUG, *Manuel*, p. 13-15. Cependant M. CUG dit que du fait qu'il existe des règles communes aux citoyens romains et aux pérégrins « certains jurisconsultes en ont conclu qu'il existe un droit commun à tous les peuples, par opposition au droit civil qui est propre à chaque cité ». C'est certainement restreindre la question qui a des rapports certains avec la philosophie grecque. La théorie du « jus gentium », dans le sens d'un droit commun à tout le genre humain, est plutôt la répétition de l'enseignement philosophique stoïcien et aristotélicien, que la déduction d'une théorie juridique. En notre sens, cf. SENN, *De la justice et du droit*. — VOIGT, *Die Lehre vom jus naturale aequum et bonum und jus gentium der Römer*. — MURHEAD, *Introduction historique au droit privé de Rome*. — KRUEGER, *Histoire des sources du droit romain*, p. 163 et suiv. soulève seulement le problème.

4. *D.*, I, 1, 6 ; *eod.*, 1, 4.

5. *D.*, *eod.*, 1, 4. Cf. aussi *D.*, XVI, 3, 31 pr. (Tryphoninus).

« Hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio »¹. Ce que Ulpien appelle « jus naturale », Cicéron nomme « Vis naturae » et Sénèque « Lex naturae ». Une leçon identique au fragment de notre jurisconsulte se trouve au *De finibus* de Cicéron (III, 19) et au *De officiis* (I, 4) : « commune autem animantium omnium est conjunctionis appetitus procreandi causa et cura quaedam eorum, quae procreata sunt ». Or « c'est là l'enseignement courant que nous trouvons transcrit dans les traités περι τελῶν, (*De finibus*) ou dans les écrits des naturalistes »².

Il ressort des théories des jurisconsultes mêmes, que le « jus gentium » serait moins parfait que le « jus naturale » et proviendrait d'une dépravation de l'homme³. Cette idée serait inspirée du néo-pythagorisme et des théories stoïciennes. « La faiblesse de l'homme, dit Posidonius, corrompt tout et détruit le régime de la loi divine, qui serait le régime idéal »⁴. Cet enseignement des stoïciens a été reproduit par Cicéron : « Le droit véritable, la pure justice, n'habitent plus parmi nous ; leur impression divine s'est effacée de nos lois ; à peine en avons-nous conservé une ombre, une image imparfaite ; heureux encore si nous la suivions ! Car nous la devons aux meilleurs enseignements de la nature et de la vérité »⁵.

Toutefois l'affirmation de l'existence d'un droit commun à tous les êtres vivants n'entraîne pas pour autant la reconnaissance de liens de droit entre les hommes et les animaux : « ... nec potest animal injuria fecisse, quod sensu caret » écrit Ulpien, et Cicéron déclare : « ... homini nihil juris esse cum

1. *D., eod.*, 1, 3. A propos de l'hypothèse de Perozzi suivant laquelle le fragment d'Ulpien, faisant une division tripartite du droit, est interpolé, hypothèse combattue par C. Longo, voir le résumé de la discussion dans F. SENN, *op. cit.*, p. 66, n. 1.

2. SENN, *op. cit.*, p. 66-67.

3. ULPYEN comme FLORENTIN reproche au « jus gentium » d'avoir introduit l'esclavage, tandis que en vertu du « jus naturale » tous les hommes naissent libres (*D.*, I, 1, 4 et I, 5, 4).

4. D'après A. BILL, *La morale et la loi*, p. 184. Cf. SÉNÈQUE, *Ep.*, 90.

5. CICÉRON, *De off.*, III, 17. Cf. les théories de Chrysippe et Zénon dans A. BILL, *op. cit.*, p. 163-164.

bestiis ... » à la suite de Chrysippe (praeclare enim Chrysippus) et de Posidonius¹.

Si donc l'on néglige le sens particulier que donne Ulpien au « jus naturale »² et qui somme toute n'offre pas une grande importance dans la pratique, il faut reconnaître que le terme de « jus naturale » employé par certains jurisconsultes et celui de « jus gentium » qu'on trouve dans d'autres œuvres désignent souvent le même objet, c'est-à-dire ce « jus humani generis proprium », que Cicéron appelle « le quasi civile jus cum genere humano »³, droit naturel propre au genre humain, commun à tous les hommes vivant partout, en nations. Il faut semble-t-il distinguer ce « jus gentium », au sens d'un « jus naturale » commun à toute l'humanité avec les manifestations pratiques de ce « jus naturae », applications positives des prescriptions de la loi de nature inhérente à l'homme : en ce dernier sens, le « jus gentium » serait l'ensemble des lois des nations, reproduisant partout les mêmes prescriptions, droit appliqué à la plupart des peuples⁴. Ces distinctions étant établies, il est facile d'attribuer un de ces sens à chacun des fragments parlant du « jus gentium » et du « jus naturale ».

Quant à la notion du « jus commun » et propre à tout le genre humain et uniquement au genre humain, elle vient de l'enseignement des philosophes grecs. « Cette notion apparaît à la fin de la République. Sous l'influence de la philosophie grecque et en particulier des doctrines stoïciennes, Cicéron affirme que le droit n'est pas tout entier

1. D., IX, 1, 1, 3. — CICÉRON, *De fin.*, III, 20. — SÉNÈQUE, *De ira.*, II, 26 ; *De bén.*, II, 29. — DIOGÈNE LAERCE, VII, 1, 129 : ἔτι ἀρέσκει αὐτοῖς μηδὲν εἶναι ἡμῶν δίκαιον πρὸς τὰ ἄλλα ζῷα...

2. V. l'étude approfondie et la synthèse de ces notions un peu confuses dans SENN, *op. cit.*, p. 57-83.

3. D., I, 1, 1, 3. — CICÉRON, *De fin.*, III, 20.

4. Cf. aussi CICÉRON, *De off.*, III, 5 : « Illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes augeamus. Neque vero hoc solum natura et jure gentium, sed etiam legibus populorum... eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri ». A propos d'un essai de correction du passage : « natura id est jus gentium », cf. VOIGT, *Die Lehre vom jus naturale...*, p. 65, n. 33. Cf. D., XXVIII, 1, 34, 1 : « quas vero natura vel gentium jus vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est ».

Les développements de VOIGT sur cette question de terminologie sont un peu confus, p. 66 et suiv.

une création du législateur ni un produit de la coutume... La loi naturelle règle d'une manière uniforme, chez tous les peuples et dans tous les temps, certains rapports entre les hommes ou entre les hommes et les choses »¹. « Lex est ratio summa, insita in natura, quae jubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria », affirme Cicéron, et cette raison, émanée de la nature des choses qui pousse au bien et détourne du crime, « orta ... simul est cum mente divina. Quamobrem lex vera atque princeps, apta ad jubendum et ad vetandum, ratio est recta summi Jovis »². Tel est d'ailleurs l'enseignement stoïcien : « Zeno naturalem legem divinam esse censet eamque vim obtinere recta imperantem prohibentemque contraria ». « ... ὁ νόμος ὁ κοινός, ὅσπερ ἐστὶν ὁ ὀρθὸς λόγος διὰ πάντων ἐρχόμενος, ὁ αὐτὸς ὢν τῷ Διί, καθηγεμόνι τούτῳ τῆς τῶν ὅλων διοικήσεως ὄντι »³, il existe, disent les stoïciens, une loi commune, répandue dans tout l'univers, identique à la raison universelle qui n'est autre que Dieu même, le ὁ ὀρθὸς λόγος, le Λόγος suprême, le même que Zeus, le maître qui gouverne toute la création.

Cicéron nous a donné de cette « lex naturalis » une définition qui nous a été conservée par Lactance dans ses *Divinae Institutiones* (IV, 8) et qui reproduit la leçon des stoïciens : « Il est une loi véritable, la droite raison conforme à la nature, immuable, éternelle, qui appelle l'homme au bien par ses commandements et le détourne du mal par ses menaces ; mais, soit qu'elle ordonne ou qu'elle défende, elle ne s'adresse pas vainement aux gens de bien ... On ne peut ni l'infirmier par d'autres lois, ni déroger à quelqu'un de ses préceptes, ni l'abroger tout entière ; ni le Sénat, ni le peuple ne peuvent nous dégager de son empire ; elle n'a pas besoin d'interprète qui l'explique ; il n'y en aura pas une à Rome, une autre à Athènes, une aujourd'hui, une autre dans un siècle ; mais une seule et même loi éternelle et inaltérable régit à la fois tous les peuples, dans tous les temps... Méconnaître cette loi c'est fuir soi-même, renier sa

1. CUD, *Manuel*, p. 12.

2. CICÉRON, *De leg.*, I, 6 – II, 4.

3. CICÉRON, *De nat. deor.*, I, 14. – DIOGÈNE LAERCE, VII, 1, 88. Cf. *Stoic. vet. fg.*, III, n^{os} 335 et 339 : cette loi c'est celle de la raison ».

nature ... »¹. Les mêmes idées ont été également professées par Pythagore². Et c'est en suivant ces enseignements que Gaius écrit qu'on ne peut s'écarter légitimement des préceptes du droit naturel, ni corrompre ces droits dont la nature a mis en nous le sentiment : « Ratio civilis jura naturalia corrompere non potest »³. Les jurisconsultes proclament avec les stoïciens l'existence d'une cité universelle, où règne le droit naturel et ils parlent d'une certaine alliance que la nature a créée entre tous les hommes »⁴. Or quels sont les droits que la « naturalis ratio » a établis entre les êtres humains ? Une force innée, dit Cicéron, a fait pénétrer en nous certaines notions comme la religion, la piété, la reconnaissance, la vengeance, le respect et la vérité⁵. Tel est également l'enseignement de Socrate, que nous trouvons reproduit dans les *Mémorables* de Xénophon (IV, 4, 9) : « Connais-tu, Hippias, des lois non écrites ? — Celles qui régissent dans tous les pays ... — Qui crois-tu qui ait porté ces lois ? — Ce sont les dieux qui les ont prescrites aux hommes. La première, reconnue par tous les hommes, ordonne de vénérer les dieux. — N'est-il pas de même prescrit partout d'honorer ses parents ? — C'est certain. — N'est-il pas de même interdit aux pères et mères d'épouser leurs enfants, aux enfants d'épouser leurs parents ? — N'est-il pas aussi une loi prescrite partout de rendre des

1. CICÉRON, *De rep.*, III, 22. — La Rhétorique d'ARISTOTE développe aussi cette thèse que le droit naturel est le droit commun à tous les peuples. Cf. aussi ARISTOTE, *Mor. à Nic.* : V, 7, 1. Cf. BILL, *La morale et la loi*, p. 239-240 : « Il est infiniment probable que certains juristes romains aient emprunté la notion du droit naturel à la philosophie grecque pour l'identifier avec le droit des gens ». Cependant, M. BILL se demande si la conception épicurienne n'a pas influé sur la formation de la notion de droit naturel dans la jurisprudence romaine. Nous ne le croyons pas, car Epicure et ses disciples soutiennent l'inexistence d'un droit naturel et enseignent que ce droit de nature dont on parle n'est qu'une convention d'utilité de ne pas se nuire mutuellement (cf. DIOGÈNE LAERCE, X, 150, 33). Au contraire il ressort des œuvres des jurisconsultes qu'ils admettent l'existence d'un droit naturel fondé sur la raison universelle. Cf. GAIUS, I, 1 ; D., I, 1, 9 ; D., *eod.*, 1, 3.

2. Cf. VOIGT, *Die Lehre vom jus naturale aequum et bonum und jus gentium der Römer*, I, p. 85-86.

3. D., IV, 5, 8. — GAIUS, I, 158. — POMPONIUS, D., L, 17, 8.

4. FLORENTIN, D., I, 1, 3 : « cum inter nos cognationem quamdam natura constituit »... Rapprocher ce texte de celui de CICÉRON, *De fin.*, III, 20 : « inter nos natura ad civilem communitatem conjuncti et consociati sumus... »

5. CICÉRON, *De inv.*, II, 53 ; II, 22 ; *De off.*, I, 7 (il s'appuie sur l'opinion des stoïciens).

bienfaits à ceux qui nous ont fait du bien ? ... ». Et de même celui qui usurpe les biens d'autrui et celui qui s'enrichit au détriment d'autrui, violent le « jus humanae societatis »¹. Mais c'est aussi un droit reconnu par le « naturalis ratio » de repousser les attaques injustes et de se défendre².

Toutes ces idées sont reprises et développées par les jurisconsultes romains : « Jus gentium est, quo gentes humanae utuntur ... Veluti erga deum religio ; ut parentibus et patriae pareamus ; ut vim atque injuriam propulsemus : nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur, et cum inter nos cognationem quamdam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse »³. Ces notions sont le plus souvent à la base de la législation positive, et la meilleure législation est celle qui leur assure la mise en œuvre la plus parfaite⁴. Mais s'il y a des lois positives qui imitent la nature, il y en a d'autres qui s'en écartent⁵. Pourtant les lois positives ont été inventées pour le bonheur des peuples. Elles sont « la distinction du juste et de l'injuste, modelée sur la nature, principe immémorial de toutes choses et règle des lois humaines, et elles infligent une peine aux méchants et garantissent la sûreté des gens de bien »⁶. Toutes ces idées s'accordent avec la doctrine stoïcienne⁷ et elles ont été approuvées par Marcien, qui rapporte et fait sienne cette définition de la loi, donnée par Démétrius : « Haec lex est, cui omnes homines convenit obtemperare cum propter alia pleraque tum maxime, quod omnis lex inventum est et donum Dei, placitum vero sapientium hominum coercitioque peccatorum tam voluntariorum quam non voluntariorum, civitatis autem pactum commune, secundum quod convenit vivere quicumque in ea sunt »⁸. Papinien exprime à peu près la même idée quand il voit

1. CICÉRON, *De off.*, I, 7. — *D.*, XII, 6, 14. — L, 17, 206.

2. CICÉRON, *De inv.*, II, 53 ; 22.

3. *D.*, I, 1, 4 ; *eod.*, 2 et 3 (ULPIEN, POMPONIUS, FLORENTIN).

4. CICÉRON, *De inv.*, II, 53. — *D.*, I, 1, 6 pr : « jus civile est quod neque in totum a naturali, vel gentium recedit... ».

5. CICÉRON, *De leg.*, II, 5.

6. CICÉRON, *De leg.*, II, 5.

7. A. BILL, *La morale et la loi*, p. 233.

8. *D.*, I, 3, 2.

dans la loi « un précepte commun, une décision portée par les prudents, la punition des crimes volontaires ou involontaires et une obligation contractée par toute la nation »¹. C'est en effet une opinion commune aux philosophes que la loi doit défendre les hommes de bien et punir les malfaiteurs. Mais elle doit aussi employer la persuasion à côté de la punition et de la menace², ainsi que le conseille Platon ; et c'est ce que dit aussi Ulpien : « bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes ... »³. Car « la loi, dit Chrysippe, que rapporte Marcien, est la reine des choses divines et humaines ; elle doit présider aux bons et aux mauvais, les diriger et les conduire ; elle est aussi la règle du juste et du pervers ; elle ordonne ce qu'il faut faire et défend ce qu'il ne faut pas faire »⁴. Ainsi définie, la loi est le principe suprême et la seule règle de la morale et les jurisconsultes en faisant leurs, les idées enseignées par les philosophes manifestent leur désir de faire pénétrer toujours davantage dans la législation positive les principes éternels de la justice et de la rapprocher de la loi de nature, reflet de la pensée divine.

Section II

Modifications apportées à certaines situations juridiques

Les spéculations des jurisconsultes n'ont pas été de purs jeux d'esprit, stériles dans leurs effets. Les théories qu'ils ont développées à propos du « jus naturale » et du « jus gentium » et les enseignements des philosophes sur la condition humaine les ont amenés insensiblement à modifier certaines situations juridiques où le « jus civile » dans toute sa rigueur créait des injustices ou établissait des conditions excessives. Ainsi la situation des esclaves et des affranchis

1. *D.*, *eod.*, 1.

2. CICÉRON, *De leg.*, II, 6.

3. *D.*, I, 1, 1. Cf. SÉNÈQUE, *Dial.*, III, 6 ; *De benef.*, IV, 12.

4. *D.*, I, 3, 2.

se trouva améliorée, la « patria potestas » reçut des limites et le droit des successions fut peu à peu réformé dans un sens plus conforme à la raison naturelle et à la justice.

§ I. L'esclavage et la libertinité¹

« Le droit naturel, dit Ulpien, regarde tous les hommes comme libres et ne reconnaît ni servitude ni affranchissements »². En effet, écrit-il encore, « quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur : non tamen et jure naturali, quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt »³.

Ainsi peu à peu, sous l'influence de la philosophie, on prend l'habitude de considérer les esclaves comme des hommes et on admet l'égalité de tous devant la raison, quoique pour de multiples raisons d'intérêts on reconnaisse toujours en législation l'institution de l'esclavage. Ici l'influence de la philosophie stoïcienne surtout est prépondérante. Aristote, en effet, dans sa *Politique* déclare que l'esclavage est de droit naturel⁴. Pour Epicure et ses disciples, l'esclavage est comme la pauvreté et la richesse, la guerre et la paix et ces accidents qui laissent la nature de l'homme intacte et ne doit pas par conséquent nous émouvoir⁵. Cicéron justifie l'esclavage et accepte même le régime de rigueur infligé aux esclaves, quoique cependant il se montre très bon et très humain envers les siens⁶.

1. Nous signalons en passant que certains auteurs ont vu dans l'amélioration de la condition des esclaves l'influence du christianisme (V. par exemple : H. WALLON, *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, notamment t. III, p. 1-50 ; 91-92). Ce n'est pas le lieu ici de soulever cette discussion, qui demanderait à elle seule un ouvrage et des travaux tout spéciaux. Du reste elle déborderait le cadre de notre travail. Faisons seulement remarquer, qu'il suffit à notre thèse que des philosophes stoïciens dont on n'a pas établi les relations avec le christianisme, aient émis des opinions favorable aux esclaves et que des jurisconsultes et des empereurs non suspects de christianisme aient apporté plus d'humanité dans les dispositions législatives concernant les esclaves, en prenant pour base le droit naturel commun à tous les hommes. En notre sens V. H. LEMONNIER, *Condition des affranchis*, p. 27-28.

2. D., I, 1, 4.

3. D., L, 17, 32.

4. ARISTOTE, *Polit.*, I, 1.

5. Cf. LUCRÈCE, I, V. 456-459.

6. CICÉRON, *De rep.*, III, 25 ; *De off.*, II, 7 ; *Ad fam.*, XVI, 4 ; *Ad Att.*, I, 12.

Toutefois déjà, dès le temps de Plaute et de Térence, le théâtre en mettant constamment à la scène les esclaves, offrait le spectacle de scènes ou de discussions qui pouvaient toucher le cœur des spectateurs. « Tam ego homo sum quam tu », dit un esclave, dans une comédie de Plaute¹. C'est bien sur cette égalité de tous les hommes que s'appuient désormais Sénèque, Epictète, Dion Chrysostome et tant d'autres philosophes pour prêcher la bonté et l'humanité envers les esclaves. « Nous sommes tous de la race et de la famille de Dieu »² écrit Sénèque à Lucilius. Aussi recommande-t-il de bien traiter les serviteurs. « Servi sunt ? immo homines. Servi sunt ? immo contubernales. Servi sunt ? immo humiles amici ». « D'ailleurs ils ne sont pas nos ennemis, mais nous faisons qu'ils le deviennent, par l'inhumanité dont nous usons en leur endroit, les traitant comme des bêtes et non comme des hommes. Ne songes-tu pas, dit-il à Lucilius, que celui que tu appelles ton esclave tire son origine d'une semblable semence, qu'il jouit du même ciel, qu'il respire le même air, qu'il vit et meurt de même que toi ? C'est un esclave, mais il est peut-être libre par la grandeur de son âme »³.

Les jurisconsultes entendent cet enseignement et celui des autres maîtres stoïciens et alors « au delà du droit écrit, ils aiment quelquefois à contempler ce droit de la nature, devant lequel l'esclavage n'était qu'une monstrueuse conséquence, et ils reviennent ainsi, par les détours d'une logique plus haute aux principes éternels de l'humanité ... L'égalité fut reconnue dans le droit naturel, la liberté y fut placée, comme un grand principe, à l'influence duquel on aimait à soumettre la solution des cas douteux »⁴. C'est pourquoi désormais la jurisprudence et les lois protègent l'esclave contre la cruauté ou l'égoïsme des maîtres. Sans doute l'esclavage est une institution qui touche à tant d'intérêts économiques et qui est tellement ancrée dans les

1. PLAUTE, *Asin.*, V. 472. Cf. *supra*, p. 28 et suiv.

2. SÉNÈQUE, *Ep.*, 44.

3. SÉNÈQUE, *Ep.*, 47. Cf. *supra*, p. 57 et suiv.

4. H. WALLON, *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, III, p. 76-77. Cf. MARCIEN, *D.*, XL, 11, 2.

traditions de Rome qu'il est difficile de l'abolir ou seulement de transformer tout d'un coup, de fond en comble, l'état des esprits à l'égard d'une classe d'individus qu'on considérerait hier encore comme des choses, des instruments¹. Aussi trouve-t-on encore au *Digeste* ainsi que dans le *Code de Justinien* des décisions très dures pour les esclaves, qui marquent une différence profonde entre les hommes libres et la classe servile². Toutefois la tendance est dans le sens de l'humanité. Déjà au temps de la République, une disposition de la loi Cornelia prit soin de la vie des esclaves et punit le meurtrier même d'un homme de condition servile³. Un édit de Claude rend la liberté à l'esclave infirme ou malade, que son maître a chassé de sa maison ou a abandonné dans l'île d'Esculape, au milieu du Tibre, sans que la guérison ramène la servitude⁴. Sous Néron, une loi Pétro-nia protège les esclaves contre les fantaisies de cruauté de leurs maîtres. D'après cette loi et plusieurs sénatus-consultes qui y ont rapport, les maîtres n'ont pas le droit de livrer arbitrairement leurs esclaves pour combattre les bêtes féroces. Il faut une ordonnance du juge, qui ne l'accorde que si la plainte formée est justifiée⁵. Tel est aussi l'avis de la jurisprudence⁶. Un rescrit d'Adrien interdit également d'infliger aux esclaves des mutilations et un sénatus-consulte rendu sous le consulat de Nératius Priscus et d'Annius Vérus punit de la perte de la moitié de ses biens celui qui aura livré un esclave pour qu'il soit châtré⁷. Antonin le Pieux décide que celui qui tuera son esclave sera puni de la même manière que s'il eût tué l'esclave d'un autre; et par la même constitution, il réprime aussi la trop grande sévérité des maîtres⁸. Dans un rescrit adressé à un gouverneur de province, le même empereur ordonne au juge

1. Cf. VARRON, *De re rust.*, I, 17, 1 : Varron, à la suite d'Aristote, montre que l'esclave n'est qu'un instrument.

2. V. par exemple : C., IX, 9, 23. (DIOCÉTIEN); D., XLVIII, 19, 28, 16; D., *eod.*, 16, 3; D., IX, 47, 10.

3. D., XLVIII, 8, 1, 2.—GAIUS, III, 213.

4. SUÉTONE, *Claude*, 25; C., VII, 6, 1, 3; D., XL, 8, 2.

5. D., XLVIII, 8, 11, 2.

6. D., *eod.*, 11, 1.

7. D., *eod.*, 4, 2; *eod.*, 6.

8. D., I, 6, 1, 2.—GAIUS, I, 53.

de prendre connaissance des plaintes des esclaves : si on découvre qu'ils ont été traités plus durement qu'il ne convient, ou qu'on les a forcés à accomplir des actions infâmes, si on les a par exemple forcés à la prostitution, il faut les faire vendre afin qu'ils ne retournent plus sous la puissance de leur maître¹. Les esclaves qui cherchent asile dans les temples ou aux pieds des statues de l'empereur seront protégés contre leurs maîtres². D'ailleurs depuis Néron, un préfet de la ville est chargé de recevoir les plaintes portées contre les maîtres par les esclaves, à Rome³. Et Gaius pose en principe qu'il n'est permis à aucun citoyen romain de sévir contre sa domesticité avec excès et sans cause⁴.

Ainsi la loi tend désormais à intervenir dans la « *Domus* » pour surveiller l'exercice de la « *dominica potestas* » ; et tandis que l'enseignement des philosophes modifie l'état des esprits, le législateur oblige les mauvais maîtres à agir avec humanité puisque par eux-mêmes ils ferment leur cœur à tout sentiment humain.

La loi protège aussi les esclaves devant les tribunaux. Un sénatus-consulte de l'an 20, leur garantit les mêmes règles de procédure que s'ils étaient libres⁵. Marc-Aurèle, pour mettre des limites à la toute puissance de l'autorité domestique et pour mettre un frein aux rigueurs de la discipline du père de famille, impose souvent la médiation du juge dans les différends entre maîtres et esclaves, afin d'assurer souvent à ceux-ci l'action de la justice commune⁶.

De même le préteur adoucit la rigueur du droit strict en matière de condamnation capitale ; quoique, en principe, les esclaves ne puissent pas faire appel après la sentence, leurs maîtres peuvent venir à leur secours et interjeter appel, ou bien tout autre au nom du maître ; mais si le maître n'a pas appelé et qu'il ne se présente personne, on

1. *D.*, *eod.*, 2.

2. *D.*, I, 12, 1, 1.

3. *D.*, *eod.*, 1, 1. — SÉNÈQUE, *De benef.*, III, 22.

4. GAIUS, I, 53.

5. *D.*, XLVIII, 2, 12, 3.

6. *D.*, *eod.*, 5.

admet que l'esclave qui a subi un jugement défavorable puisse demander pour lui du secours¹.

Adrien veut qu'on n'emploie les tortures contre les esclaves en matière criminelle, que s'ils se sont trouvés assez près du lieu du crime pour en savoir quelque chose². Déjà cependant Auguste recommandait de ne pas commencer à appliquer la question au prévenu et qu'il ne fallait pas se fier totalement à ce dur expédient³. L'empereur Adrien prescrit de n'en venir à la torture que si le crime présente un caractère assez marqué de vraisemblance, qu'on a épuisé tous les autres moyens de preuves et qu'il ne manque plus que la confession de l'accusé⁴.

Non contents de protéger les esclaves et de les mettre à l'abri des traitements inhumains, la jurisprudence et les empereurs tendent de plus en plus à reconnaître un homme dans l'esclave, et par conséquent à reconnaître une certaine valeur juridique à ses actions et même à lui donner une personnalité juridique. Ainsi l'esclave qui contracte avec son maître ou avec un tiers, s'il est par la suite affranchi, est tenu d'une obligation naturelle⁵. Il est permis aussi du consentement du maître de recevoir des esclaves dans certaines corporations (*in collegio tenuiorum*)⁶.

De plus en plus on reconnaît certains effets naturels au « *contubernium* » et on tient compte de ce mariage servile. On prend en considération les liens de parenté qui proviennent de là : ainsi à propos de legs, Ulpien écrit : « *uxores quoque et infantes eorum, credendum est in eadem villa agentes voluisse testatorem legato contineri : neque enim duram separationem injunxisse credendus est* »⁷. Et cette parenté servile crée des empêchements au mariage, lorsque les enfants sont affranchis : « *Libertinus libertinam matrem*

1. *D.*, XLIX, 1, 15.

2. *SPART, Adr.*, 18.

3. *D.*, XVIII, 18, 1 pr.

4. *D.*, *eod.*, 1, 1. Cette constitution est renouvelée par Dioclétien, *C.* IX, 41, 8.

5. *D.*, XLVI, 1, 21, 2 ; XII, 6, 64 ; *eod.*, 13 pr : « *naturaliter servus obligatur* » ; XV, 1, 50, 2 ; XLIV, 7, 14.

6. *D.*, XLVII, 22, 3, 2.

7. *D.*, XXXIII, 7, 12, 7.

aut sororem uxorem ducere non potest »¹ décide Pomponius.

La loi reconnaît aussi à l'esclave une personnalité juridique suffisante pour citer son maître en justice afin de l'obliger à lui donner une liberté qui lui est laissée par fidéicommiss². Pareillement l'esclave qui prétend s'être racheté de ses deniers, pourra se présenter en justice contre son maître et se plaindre du refus qu'il a fait de l'affranchir. En vertu d'une constitution de Marc-Aurèle, il pourra se présenter devant le préfet de la Ville à Rome, et en province devant les gouverneurs³. Il peut également traduire son maître en justice et l'accuser d'avoir supprimé un testament dans lequel on lui a laissé la liberté, ou bien, pour le dénoncer s'il a caché chez lui des denrées pour en favoriser la cherté, ou en matière de fausse monnaie⁴.

Enfin la reconnaissance d'un pécule à l'esclave et la reconnaissance des droits du possesseur sur ce pécule, assure à l'esclave une certaine personnalité juridique et une grande indépendance économique : c'est une sorte de patrimoine (quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intelligitur) en considération duquel l'esclave devient dans certaines limites, sujet de droit⁵. Et si c'est un esclave public il peut disposer par testament de la moitié de son pécule⁶.

La jurisprudence et la loi se montrent ainsi très libérales. Mais comme les jurisconsultes ont posé en principe que tous les hommes sont libres en vertu du droit naturel, ils ne se contentent pas d'adoucir le sort des esclaves, mais ils favorisent de toutes manières les affranchissements et font passer la faveur de la liberté avant tout autre considération. Les anciennes formes d'affranchissements sont maintenues mais on accorde plus de facilités ; ainsi par dérogation au droit commun, la « vindicatio in libertatem » peut être renouvelée⁷. Des formes nouvelles sont inventées ; tous les

1. D., XXIII, 2, 8 ; *eod.*, 14, 2-3.

2. D., XL, 5, 44 ; V, 1, 53.

3. D., XL, 1, 5. Cf. C., IV, 57, 4.

4. D., V, 1, 53.

5. D., XV, 1, 47, 6. — V. l'étude sur le pécule des esclaves dans Cuq, *Manuel* p. 143-146.

6. ULPPIEN, *Reg. jur.*, XX, 16.

7. CICÉRON, *Pro Domo*, 29, 78.

obstacles sont aplanis et toutes les difficultés sont résolues dans un sens favorable à la libération de l'esclave. Ainsi les jurisconsultes décident que lorsque la liberté est accordée sous plusieurs conditions il ne faut tenir compte que de la condition la plus légère. Toutes les fois qu'il y a des doutes dans l'interprétation des actes concernant la liberté, il faut répondre en faveur de la liberté ; et lorsqu'une sentence a été rendue en faveur de la liberté, on ne peut la rétracter ¹. Ainsi, dit Ulpien, « multa contra juris rigorem pro libertate constituta » ².

La forme principale de l'affranchissement solennel est toujours l'affranchissement par la « vindicta ». Autrefois il fallait accomplir certaines formalités et prononcer des paroles sacramentelles. Désormais, le maître même sourd de naissance peut affranchir, et dans tous les cas, l'affranchissement se fait par le ministère des lecteurs, même sans que le maître parle ; et quoiqu'on ne dise pas les paroles solennelles, elles sont censées être dites ³.

Une seconde forme d'affranchissement très employée, est l'affranchissement par testament. Ce mode laisse souvent la liberté en péril, soit par les risques d'annulation du testament, soit par la mauvaise volonté des héritiers. Ici la jurisprudence intervient fréquemment pour améliorer la situation de l'esclave et par faveur pour la liberté. Ainsi, si un testament, contenant des affranchissements, n'a pas été accepté par l'héritier désigné, et qu'un héritier « ab intestat » vienne recueillir l'héritage, la jurisprudence valide les affranchissements, quoique le testament devienne caduc ⁴. Si personne ne se présente, Marc-Aurèle permet dans ce cas à l'esclave de se faire adjuger les biens de l'hérédité et lui accorde la liberté ⁵. Si le fisc, en l'absence d'héritier recueille l'héritage, il doit accomplir les fidéicommiss de liberté ⁶.

De même quand un legs est déclaré nul, l'esclave légué

1. D., XL, 4, 5 ; L, 17, 20 ; XXXV, 1, 51 ; XL, 4, 45.

2. D., XL, 5, 24, 10.

3. D., XL, 9, 1 ; XL, 2, 23.

4. D., XL, 4, 25.

5. D., XL, 5, 2 ; C., VII, 2, 6. *Inst.*, III, 11, 1.

6. D., XL, 5, 51 pr.

et affranchi reste libre¹. Lorsque la liberté a été accordée à un esclave par plusieurs dispositions, on s'attache favorablement à celle qui doit avoir l'effet de le faire parvenir à la liberté². Dans le cas où la liberté a été accordée par le testateur, puis reprise, s'il y a doute sur l'intention du testateur, il faut se déterminer en faveur de la liberté³.

Quant aux affranchissements par fidéicommis, il convient de protéger les esclaves contre la mauvaise volonté des héritiers. Dès lors Marc-Aurèle pose en principe : « Fideicommissas libertates neque aetate, neque conditione, neque mora non praestantium tardiusve reddentium, corrumpi aut in deteriore statum perducere »⁴. C'est pourquoi, désirant mettre la liberté à l'abri de toute atteinte, le législateur s'attache à lever même les obstacles indépendants de la volonté de l'héritier : si celui qui est chargé d'accorder la liberté en vertu d'un fidéicommis vient à mourir sans successeur, un sénatus-consulte décide que la liberté devra être donnée sous l'autorité du prêteur ; et cette faveur s'étend au cas où l'héritier sien se sera abstenu de la succession⁵. Le sénatus-consulte Juncianus donne mission au prêteur d'affranchir au cas où celui qui est chargé de donner la liberté serait absent ou refuserait de se présenter⁶. C'est dans le même esprit de libéralité que la loi aplanit les obstacles provenant d'incapacité comme le défaut d'âge, la folie ou le mutisme⁷.

Parfois le fidéicommis de liberté est adressé à l'héritier avec des clauses telles que : « si vous le jugez à propos ». En pareil cas, il semble que la liberté dépende entièrement du bon plaisir de l'héritier. La jurisprudence fixe cependant des limites à son appréciation arbitraire : elle permet de telles clauses, car elle suppose qu'on se comportera en cette circonstance comme un homme de bien⁸. Dans l'exa-

1. C., VII, 4, 2.

2. D., XL, 4, 1.

3. D., XL, 4, 10, 1.

4. D., XL, 5, 30, 16.

5. D., XL, 5, 30, 9-10.

6. D., *eod.*, 28, 3-4-5.

7. D., *eod.*, 30, 3-8.

8. D., *eod.*, 46, 3.

men des conditions, les jurisconsultes se montrent aussi d'une très grande largeur de vue ; ils n'hésitent pas à s'écarter de la lettre pour rechercher, dans l'intérêt des esclaves, l'intention du testateur¹. Et si les conditions dépendent de l'esclave on lui donne toutes facilités pour les remplir : il peut par exemple payer les dix pièces d'or qu'on exigerait de lui pour son affranchissement, en plusieurs termes².

La même faveur pour la liberté s'étend aux enfants d'une esclave. Les enfants nés d'une femme libre au moment de la naissance sont libres, quoique leur mère fût esclave lors de la conception. Il en est ainsi encore lorsqu'ils sont conçus alors que la mère est libre, quoiqu'elle accouche en servitude³, car le malheur de la mère, disent les jurisconsultes, ne doit jamais préjudicier à celui qu'elle porte dans son sein.

La liberté une fois donnée est irrévocable⁴. Mais l'affranchi a encore besoin d'être protégé : car si l'esclave d'hier est aujourd'hui un homme libre, il n'est pas cependant tout à fait maître de lui ; il demeure le client de son patron, il a donc des obligations envers lui et son patron a encore certains droits sur son ancien esclave. Or des patrons abusent parfois de leur puissance : la loi intervient. La tendance générale est d'adoucir les relations entre patrons et affranchis, d'ouvrir plus largement la cité et même de favoriser les aspirations de « libertini » à s'élever à un niveau supérieur, au moins en ce qui concerne leur condition civile. La liberté étant un principe de droit naturel la servitude est considérée comme une sorte d'infraction à la justice pure et l'affranchissement prend alors presque le caractère d'un acte de réparation⁵.

Sous l'Empire la classe des affranchis devient tellement puissante même qu'on doit réagir et entourer les droits du patron de garanties, fixer le châtimement de l'ingratitude⁶.

1. Cf. *D.*, XL, 4, 16 ; *eod.* 18 ; *eod.*, 33 et 34 ; *C.*, VII, 4, 9 ; *C.*, VI, 21, 7.

2. *D.*, XL, 7, 4, 6.

3. *D.*, I, 5, 5, 2.

4. *D.*, XL, 4, 33.

5. Cf. H. LEMONNIER, *Condition des affranchis*, p. 32.

6. SUÉTONE, *Claude*, 25. — TACITE, *Ann.*, XIII, 26-27. Cf. LEMONNIER, *op. cit.*, p. 111 et suiv. ; p. 142 et suiv. — *C.*, VII, 16, 30.

Toutefois bien des mesures sont portées pour protéger, en sens inverse, l'affranchi. La loi défend ces associations contractées en récompense de la liberté, entre le patron et l'affranchi : elles sont le plus souvent léonines¹. Elle intervient aussi pour régler les droits du patron quant aux « operae » dues par l'affranchi : elle met un frein aux exigences excessives du maître. Et tout d'abord les services demandés doivent être en rapport avec l'âge, la dignité, la santé, le besoin ou le genre de vie du patron et de l'affranchi². Mais si l'ancien esclave n'en a pas promis et quand bien même il en aurait fourni volontairement quelques-unes pendant un temps, il ne peut être obligé à en fournir³. Par contre, s'il a promis avec serment autant de services que le voudrait son patron, la jurisprudence impose à celui-ci le devoir de se conformer à l'équité dans ses exigences⁴. Quant à l'affranchie, ses rapports avec le patron doivent être réglés par la bienséance et la dignité ; ici la jurisprudence attache un grand prix à la pudeur et aux bonnes mœurs⁵.

En rapprochant les décisions de Sabinus, de Gaius, de Javolenus, de Neratius et de Paul, il ressort que le patron doit laisser à l'affranchi, en exigeant ses services, le temps de gagner sa vie, sinon il devra lui fournir les aliments et les vêtements⁶. Cette obligation alimentaire, en dehors du cas précédent, pèse sur le patron quand l'affranchi se trouve dans le besoin : elle est sanctionnée par la perte des droits de patronat⁷.

La loi va même plus loin, et en concédant à l'affranchi le droit de porter un anneau d'or, insigne de l'ordre équestre, elle efface les traces de l'esclavage que garde l'affranchi, et elle lui donne les apparences de l'ingénuité⁸.

Telle est la faveur de la liberté et tel est le désir des juris-

1. *D.*, XXXVIII, 1, 36.

2. *D.*, *eod.*, 16, 1 ; *eod.*, 17 ; *eod.*, 50 pr.

3. *D.*, XXXVIII, 1, 31.

4. *D.*, *eod.*, 30.

5. *D.*, *eod.*, 34 ; 35 ; 38.

6. *D.*, *eod.*, 18 ; 19 ; 33 ; 50.

7. *D.*, XXXVIII, 2, 33 ; XXXVII, 14, 5, 1. A l'inverse, en cas de nécessité du patron, l'affranchi doit lui fournir des aliments (*D.*, XXV, 3, 9).

8. *C.*, VI, 8, 2.

consultes et des empereurs de corriger une situation qu'ils continuent d'accepter parce qu'elle est ancrée dans les mœurs, mais qu'ils ne considèrent pas moins comme contraire à la justice et à la raison, qu'ils ne cessent de l'améliorer et de prendre toutes mesures qui peuvent corriger ces inégalités « que la perversité des hommes a établies entre eux ».

§ II. *La famille*

« Du droit naturel, dit Ulpien, descend l'union du mâle et de la femelle, que nous appelons mariage, la procréation des enfants et leur éducation On rapporte au droit des gens, l'obéissance due aux parents »¹. Et Cicéron écrit que c'est par la puissance de la raison que la nature inspire aux hommes une vive tendresse pour leurs enfants ... et c'est à la nature que les hommes obéissent quand ils rassemblent de toutes parts ce qui est utile et que, non contents de travailler pour eux, ils veillent aux besoins de leurs femmes, de leurs enfants et de tous ceux qui leur sont chers et qu'ils doivent protéger². D'après l'esprit de la législation des Douze Tables, la puissance du « paterfamilias », était absolue au sein de la famille : femmes, enfants et esclaves, tous étaient considérés comme un objet de propriété et un instrument d'acquisition pour le chef de famille. Mais selon l'esprit de la philosophie stoïcienne, la personnalité libre et indépendante du « pater » devait être soumise dans son existence à la loi d'humanité et de justice sociale³. Toutefois quand il s'agit de ce pouvoir domestique appartenant au « paterfamilias », la législation est restée un peu en arrière des idées proclamées par les philosophes et répétées à satiété par les rhéteurs dans leurs déclamations. Les droits du père et du mari ont été restreints par les jurisconsultes et les empereurs, mais n'ont été définitivement battus en brèche que par les premiers empereurs chrétiens. Il est vrai

1. *D.*, I, 1, 1, 3 et *D.*, *eod.*, 2.

2. CICÉRON, *De off.*, I, 4.

3. Cf. LAFERRIÈRE, *L'influence du stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romains*, p. 613.

cependant que les mœurs suppléèrent au silence de la loi¹, et surtout vinrent tempérer un régime de rigueur, vestige de l'ancien temps où la famille patriarcale était fortement constituée, appuyée sur une discipline rigide.

Désormais à côté des droits qui d'ailleurs sont limités quelque peu par les lois, existent des obligations, à la charge du « paterfamilias ». Mais à l'inverse, dans cette société romaine en décadence au point de vue moral, de la fin de la République et de l'Empire, il faut aussi mettre certaines obligations à la charge des personnes en puissance, fondées sur des sentiments de justice naturelle, obligations qu'on pourrait trop facilement oublier, alors que les voix de la conscience sont affaiblies. Sans doute ici, les jurisconsultes et les empereurs ont moins innové, qu'en ce qui concerne l'esclavage; c'est peut-être parce que le besoin s'est fait moins sentir, et que la législation antérieure a subsisté, mais sans force et comme abrogée par la désuétude. Quoi qu'il en soit les quelques améliorations apportées au droit de la famille ont été inspirées par des sentiments élevés, où l'on peut voir sinon d'une manière évidente les traces d'une influence directe de la philosophie, du moins l'effet d'une transformation des idées due à la philosophie.

Le « jus vitae necisque » du chef de famille fut limité par la loi Pompeia : il est retiré à l'aïeul sur ses petits-enfants, à la mère sur ses enfants, au mari sur sa femme et au beau-père sur sa belle-fille². Même le père qui surprend sa fille dans des relations adultérines n'a pas le droit de la tuer après coup, s'il n'a pas pu le faire sur le champ; il n'en a pas non plus le droit, si l'adultère est commis dans une maison où il n'habite pas³.

Le « jus vitae necisque » du père se transforme d'ailleurs en une simple permission : « occidere licebat »⁴. Mais il est

1. Sous le règne d'Auguste, un chevalier romain, pour avoir fait périr son fils sous le fouet, fut percé par le peuple à coups de stylets et ne dut qu'à l'autorité d'Auguste d'échapper à la mort (SÉNÈQUE, *De clem.*, I, 14).

Le droit de vie et de mort « fut restreint et même plus tard supprimé en fait par les mœurs » (MOMMSEN, *Droit pénal*, II, p. 332).

2. *D.*, XLVIII, 9, 1 pr.

3. *D.*, XLVIII, 5, 23, 3-4.

4. *D.*, XXVIII, 2, 11.

soumis à certaines restrictions : « *Inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet* »¹, écrit Ulpien. Et le père est puni comme meurtrier lorsqu'il a recours à des embûches pour faire périr son fils : Adrien punit de la déportation un père qui avait tué son fils à la chasse, celui-ci ayant commis une action injurieuse pour lui, parce qu'il l'avait tué comme un voleur plutôt qu'en usant du droit du père ; « *nam patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere* »² ajoute Marcien, posant ainsi le principe qui doit régir les rapports du père avec ses enfants. Alexandre Sévère exige, dans un rescrit, pour les crimes graves commis par le fils, le concours du père et du gouverneur de province³. Ainsi dans les relations familiales, jurisconsultes et empereurs voudraient qu'il y eût ces sentiments naturels qu'ils résument sous le terme de « *pietas* ». C'est pour cela que déjà du temps d'Auguste, dans une affaire domestique, jugée par un conseil de famille, auquel il avait été invité à assister, l'empereur « pensait qu'un père devait se contenter du genre de supplice le moins sévère envers un fils »⁴.

Les mêmes sentiments devraient présider au droit de correction du père : le devoir des bons pères, enseigne Sénèque, est de réprimander les enfants tantôt avec douceur, tantôt avec menaces et quelquefois même de les corriger en les frappant. Toutefois on n'en vient aux derniers châtiements qu'après avoir épuisé les remèdes, car il faut tenter auparavant tous les moyens pour ramener un caractère indécis, déjà placé sur le penchant de l'abîme et ce n'est qu'alors que tout est désespéré qu'il aura recours aux voies extrêmes. En effet, qui condamne vite, est près de condamner avec plaisir ; qui punit trop est près de punir injustement⁵. S'inspirant des mêmes idées, la législation impé-

1. *D.*, XLVIII, 8, 2.

2. *D.*, XLVIII, 9, 5.

3. *C.*, VIII, 46, 3.

4. SÉNÈQUE, *De clem.*, I, 15. « Le droit de vie et de mort n'appartenait plus au père que dans les livres ou les déclamations des rhéteurs » (DENIS, *Histoire des théories et des idées morales de l'antiquité*, II, p. 114).

5. SÉNÈQUE, *De clem.*, I, 14.

riale restreignit énergiquement le droit de punir¹. Trajan força un père qui maltraitait son fils à l'émanciper. Après la mort de ce fils, le père demandait au prêteur sa succession en sa qualité d'émancipateur. Mais elle lui fut refusée sur l'avis de Neratius Priscus et d'Ariston, à cause de la nécessité où il avait été d'émanciper ce fils pour satisfaire à la pitié paternelle dont il avait abusé².

Le droit de vente reconnu au père par l'ancien droit est restreint par les jurisconsultes classiques au cas d'extrême misère³. Mais le père n'a pas le droit de donner son fils en gage et le créancier qui reçoit en gage un fils de famille, de son père, est puni et relégué dans une province s'il a su que celui qu'il recevait en gage était fils de son débiteur⁴. Mais Dioclétien fut plus énergique encore et prescrivit : « Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris jure aut quolibet alio modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti juris est »⁵.

L'exposition des enfants fut aussi interdite. Les philosophes ne cessaient de flétrir cette pratique odieuse. Comment ! disait Epictète, les animaux même les plus stupides, les plus cruels nourriront leurs petits avec sollicitude, tandis que l'homme, l'animal sociable par excellence, abandonnera ses enfants pour échapper aux ennuis de la paternité⁶. Les déclamateurs faisaient de l'exposition des enfants un des thèmes favoris de leurs discours : et ils représentaient les dangers et l'ignominie d'une telle pratique : « Quel est donc le crime de cet infortuné ? s'écrie l'un d'eux, en parlant d'un enfant abandonné ; il a eu le malheur de naître. Malheureux, si vous faites l'aumône à votre enfant, malheureux si vous la lui refusez ! Ces misérables errent autour des maisons de leurs parents qu'ils ne connaissent pas et peut-être plus d'un n'obtient pas de son père sa chétive nourri-

1. Cf. GIRARD, *Manuel*, p. 152 et suiv.

2. *D.*, XXXVI, 12, 5.

3. PAUL, *Sent.*, V, 1, 1.

4. PAUL, *Sent.*, V, 1, 1. — *D.*, XX, 3, 5.

5. *C.*, IV, 43, 1 (anno 294). Cf. *C.*, VII, 16, 1.

6. Cf. ARRIEN, *Entret. d'Epict.*, I, 23 ; de même MUSONIUS dans STOB. *Fl.*, LXXV, 15 ; LXXXI, 21.

ture ... Si quelqu'un est coupable envers la société, c'est celui qui a rejeté loin de lui ces infortunés qu'il devait nourrir »¹.

De telles protestations ne devaient pas laisser insensibles les jurisconsultes et les empereurs. « Necare videtur, écrit Paul, non tantum is qui partum praefocat et is qui abjicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet »². D'ailleurs pour réagir encore contre la pratique de l'exposition que la misère des temps et la décadence de la moralité rendaient assez fréquente, la loi mettait des obligations à la charge des pères et mères ; tandis que les philosophes discutaient sur le devoir impérieux des parents de nourrir et d'élever tous ceux qu'ils ont mis au monde, la jurisprudence établissait à la charge du « pater » l'obligation de fournir des aliments à ses enfants, non seulement quand ils sont sous sa puissance mais de l'avis d'Ulpien même quand ils sont hors de puissance³. Un rescrit de l'empereur Antonin ordonne même que l'aïeul maternel fournisse des aliments à son petit-fils⁴. Un père qui désavoue un enfant né de sa femme, mais qui n'a pas rempli les formalités prescrites par la loi pour signifier à celle-ci que l'enfant n'est pas conçu de ses œuvres, est obligé néanmoins de fournir des aliments⁵. De même la mère naturelle est obligée de donner des aliments à ses enfants⁶. Ces obligations alimentaires peuvent être réclamées devant le magistrat « extra ordinem » :

1. Cf. SÉNÈQUE le Rhéteur, , *Controv.*, V. — Cf. déjà TÉRENCE, *Héautont.*, a. III, sc. V.

2. PAUL, *Sent.*, II, 24, 10. — D., XXV, 3, 4. — GIRARD (*Textes*, p. 402, n. 2), pense que la fin de ce texte est interpolé. Qu'importe ! il nous suffit que le début, qui contient l'opinion défavorable de Paul, au sujet de l'avortement et de l'abandon des enfants, soit du jurisconsulte lui-même. Toutefois, certains pensent que l'exposition des enfants ne fut prohibée que sous l'Empire chrétien. Ce serait cependant une chose très étonnante que les empereurs et les jurisconsultes qui ont prohibé ou réglementé le droit de vie et de mort, le droit de correction et le droit de vente, ne se soient pas préoccupés de l'exposition, mal plus considérable contre lequel on protestait tant. Cf. Sur la question MOMMSEN, *Droit pénal*, II, p. 332 et suiv. — GIRARD, *Manuel*, p. 153. — CUQ, *Manuel*, p. 136.

3. D., XXV, 3, 5, 1.

4. D., *eod.*, 5, 5.

5. D., *eod.*, 2, 15.

6. D., *eod.*, 5, 4.

et le juge, dit Ulpien, doit interposer son autorité dans tous ces cas, eu égard aux besoins des demandeurs et à la situation de chacun ; et comme cette nécessité de fournir des aliments prend son origine dans l'équité naturelle et dans l'affection que doivent avoir entre eux ceux qui sont unis par le même sang, le juge doit examiner la justice des demandes de chacun¹. D'ailleurs cette obligation alimentaire est sanctionnée par une prise de gage et un droit de vente, si ceux qui doivent des aliments refusent d'obéir à la sentence².

Comme corollaire à l'obligation alimentaire, le père est tenu de doter sa fille en puissance, si un autre ne l'a pas fait à sa place : la loi parle « d'officium paternum » et de « pietas patris »³. Même la mère, au temps de Dioclétien, y est obligée si un grand et juste motif le demande, ainsi que le père qui s'est engagé envers sa fille émancipée⁴. La loi va même plus loin. La loi Julia de l'an 736 et une ordonnance des empereurs Sévère et Caracalla permettent aux magistrats d'user de contrainte pour forcer le père qui refuse sans raison de consentir au mariage de ses enfants. Marcien étend cette règle et exprime l'avis que les parents sont censés à cet égard empêcher leurs enfants de se marier, lorsqu'ils ne leur cherchent pas de parti⁵. A l'inverse, un père n'a pas le droit de fiancer son fils contre son gré, et une fille peut s'opposer à la volonté paternelle quand son père lui destine un fiancé d'une conduite déréglée (*indignum moribus vel turpem*)⁶. On tient compte de plus en plus de la personnalité des enfants. « C'est la conséquence des idées qui prévalent à cette époque et qui tendent à reconnaître aux membres de la famille une personnalité distincte »⁷. La reconnaissance de l'individualité des personnes « *alieni juris* » conduit les jurisconsultes à donner aux magistrats le conseil de persuader au « *paterfamilias* » de ne pas rompre

1. *D.*, *cod.*, 5, 2 et 5, 7.

2. *D.*, *cod.*, 5, 10.

3. *C.*, V, 11, 7 ; *D.*, XXXVIII, 1, 10 ; *D.*, XXIII, 2, 19.

4. *C.*, V, 12, 14 ; *D.*, XXIII, 3, 44 pr.

5. *D.*, XXIII, 2, 19.

6. *D.*, XXIII, 1, 13 ; *cod.*, 12, 1.

7. *Cuv.*, *Manuel*, p. 158.

un mariage bien uni, contre la volonté de sa fille, droit qui lui était jusque-là reconnu sans conteste, car dit Ulpien « certo jure utimur, ne bene concordantia matrimonium jure patriae potestatis turbentur ». Dioclétien accorde au mari un interdit de « uxore exhibenda » pour obliger son beau-père à lui rendre sa femme et pour ramener celle-ci au domicile conjugal¹.

La loi prend même en considération l'intérêt moral des enfants, et dans la décadence des bonnes mœurs, elle voudrait que l'enfance fût préservée de la contamination. Aussi les empereurs décident-ils que la garde des enfants, qui en règle générale appartient au père après le divorce, soit confiée à la mère si le père est un homme sans conduite².

Mais la loi naturelle, outre les sentiments d'affection et la « pietas patris » qu'elle enseigne aux parents à l'égard de leurs enfants, établit aussi des devoirs à la charge des enfants vis-à-vis de leurs parents. C'est un des préceptes du droit commun à tous les hommes, que nous obéissions à nos parents, écrit Pomponius ; et Ulpien ne craint pas de proclamer : « ... Filio, semper honesta et sancta persona patris ... videri debet »³. C'est pourquoi, « si un fils injurie son père ou sa mère, à qui il doit le respect, ou s'il porte sur eux une main impie, le préfet de la ville vengera la piété publique et punira le coupable suivant la gravité du délit »⁴ ; et « l'affection filiale que les enfants doivent à leur père doit se trouver même chez les fils militaires (etiam militibus pietatis ratio in parentes constare debet)⁵. Désormais, la mère n'est plus « loco filiae », dans la maison paternelle, la sœur de ses enfants : elle est bien leur mère, et ils lui doivent le respect ; et même « inter collibertos matrem et filium pietatis ratio secundum naturam salva esse debet »⁶.

Ce respect envers les parents est un devoir si impérieux que la loi punit comme indigne celui qui a appelé son père

1. *D.*, XLIII, 30, 1, 5 ; *C.*, V, 17, 5 ; *C.*, V, 4, 11 ; *D.*, XLIII, 30, 2.

2. *D.*, XLIII, 30, 1, 3 ; *D.*, *eod.*, 3, 5 ; *C.*, V, 49, 1.

3. *D.*, I, 1, 2 ; *D.*, XXXVII, 15, 9.

4. *D.*, XXXVII, 15, 1, 2.

5. *D.*, *eod.*, 1 pr.

6. *D.*, *eod.*, 1, 1.

et sa mère « maleficos »¹. Eu égard à ce devoir, Julien ne permet pas à un fils d'intenter contre ses parents une action de dol ou d'injures, ni d'obtenir un interdit « unde vi » contre eux².

La piété filiale oblige aussi les enfants à fournir des aliments à leurs parents quand ceux-ci sont dans le besoin, ainsi qu'à leur aïeul, bisaïeul ou autres ascendants paternels. Ulpien pense que le fils émancipé, même impubère, est obligé de nourrir son père qui se trouve dans l'indigence, car, dit-il, ce serait avec raison qu'on trouverait injuste qu'un père fût dans le dénuement pendant que son fils serait à l'aise³. Le fils militaire est également tenu de cette obligation en vertu de la « pietatis ratio » ou de la « ratio naturalis »⁴.

L'idée de droit de propriété sur les membres de la famille en faveur du « paterfamilias » semble donc bien atténuée, et désormais on fait appel aux sentiments humains, à la raison universelle qui règle les rapports des hommes entre eux suivant les principes que révèlent la philosophie et une conscience qu'elle a affinée. Ces mêmes considérations trouvent aussi leur application dans la conception du mariage que se font les jurisconsultes et qui s'est dégagée lentement des mœurs. La femme a toujours été très honorée à Rome, et les consuls eux-mêmes lui cédaient le pas ; le mariage a toujours été une chose sacrée dont l'intérêt était triple, au point de vue religieux, public et privé. Mais les progrès de l'immoralité furent en même temps la cause du peu de respect qu'on eut par la suite pour une telle institution. « La fréquence du divorce fit du mariage une prostitution légale ; l'adultère devint une mode et fut de bon ton »⁵. Les empereurs mirent toute leur autorité à arrêter ces désordres, mais leurs efforts furent vains et les mœurs plus fortes que les lois.

Cependant, les philosophes enseignent que le mariage

1. *D.*, *eod.*, 1, 3.

2. *D.*, *eod.*, 2.

3. *D.*, XXV, 3, 5, 2 et 13.

4. *D.*, *eod.*, 5, 15 et 16.

5. J. DENIS, *Histoire des théories et idées morales dans l'antiquité*, II, p. 101.

est la plus nécessaire, la plus antique, la plus belle et la plus sainte des unions ; que le but suprême du mariage, c'est pour l'homme et la femme, la communauté de la vie et des enfants et que l'homme et la femme s'associent pour vivre ensemble, pour agir ensemble, pour marcher ensemble à la vertu. Tout doit être commun entre eux, les biens, le corps, l'âme, les enfants, les amis et les dieux ; ils se doivent aide, assistance et affection en toute circonstance, dans la maladie comme dans la santé, dans l'infortune comme dans le bonheur¹. Les stoïciens se plaisent à enseigner l'égalité de tous les hommes, celle de l'homme et de la femme. La femme doit être la compagne et non la servante de l'homme, disent Antipater, Musonius et Dion. Elle ne partage pas seulement sa table et son lit, comme une concubine, mais aussi elle est sa compagne et de moitié dans ses bonnes et mauvaises fortunes².

Les jurisconsultes approuvent ces idées et ont du mariage une conception noble et belle qui représente aux yeux des Romains un idéal de dignité et de vertu, consolant pour les esprits droits. « *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* »³, écrit Modestin, réunissant dans cette définition les grands caractères du mariage, tel que le conçoivent les philosophes : une association de toute la vie, une union intime du mari et de la femme dans une confiance mutuelle parfaite et une communauté du droit divin et humain, enfin l'indissolubilité (*consortium omnis vitae*). Les jurisconsultes veulent d'ailleurs que l'union conjugale soit entourée de respect, d'honneur et de dignité : ils parlent sans cesse de « *honor, d'affectio maritalis et de dignitas uxoris* » et Modestin voudrait que dans le mariage, on prît en considération non seulement ce qui est permis, mais même ce qui est simplement honnête⁴. Paul partage cette opinion : « *in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor*

1. Cf. J. DENIS, *Histoire des théories et idées morales dans l'antiquité*, II, p. 102 ; *Stob. Fl.*, LX, 25.

2. *Stob. Fl.*, LX, 20 ; LXIX, 23. — DION, *Disc.*, III. Cf. PLUTARQUE, *Brutus*, 14.

3. *D.*, XXIII, 2, 1.

4. *D.*, XXIII, 2, 42.

inspiciendus est »¹. Ainsi l'idéal brille dans un monde sombre ; mais les jurisconsultes réagissent en vain contre les mœurs, « ils proclament au nom du droit et de la philosophie la pureté morale du mariage, l'indivisibilité de l'existence des époux ; malheureusement ils subissent dans la pratique l'abus immodéré du divorce en invoquant vainement la sainteté d'un lien de droit divin et humain »². C'est que la société romaine a besoin d'une régénérescence totale que la philosophie antique se trouve désormais incapable d'opérer : il faut attendre que des principes nouveaux transforment les consciences.

§ III. *Le droit des successions*

« La raison naturelle (*ratio naturalis*) qui est une loi tacite, écrit Paul, destine aux enfants l'hérédité de leurs ascendants, en les appelant à une succession qui leur est due ; c'est pourquoi le droit civil leur a donné le nom d'héritiers siens, de telle sorte qu'ils ne peuvent être écartés de la succession par la volonté du « *paterfamilias* » que pour des causes graves »³. Ainsi, « l'hérédité aux yeux des jurisconsultes romains de l'école stoïcienne n'est pas une pure création de la loi civile, elle dérive du droit naturel, sur lequel reposent la famille et la société »⁴. Or la loi naturelle a établi des rapports de droits et de devoirs entre les membres d'une même famille ; mais ces rapports n'ont pas toujours été reconnus par le droit civil. Celui-ci pendant longtemps n'a considéré dans la famille que le lien exclusivement juridique de la puissance et n'a tenu compte que de l'agnation. Pourtant la raison universelle montre qu'il existe un lien entre la mère et ses enfants, et peu à peu la jurisprudence et les préteurs ont pris en considération cette parenté fondée sur les liens du sang, la « *cognatio* ». La famille de purement civile qu'elle était au début, tend à

1. *D.*, *eod.*, 14, 2.

2. LAFERRIÈRE, *L'influence du stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romains*, p. 630.

3. *D.*, XLVIII, 20, 7.

4. LAFERRIÈRE, *L'influence du stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romains*, p. 648.

devenir naturelle. Il s'ensuit donc que les rapports de la parenté fondée sur les liens du sang sont parfois en opposition avec ceux que crée la parenté civile ; dès lors il faut corriger le droit civil, lorsque les situations juridiques qu'il a établies ne sont plus en rapport avec l'état des mœurs et des idées, ou bien il faut suppléer au silence de la loi à l'égard d'autres situations, conformes aux modifications survenues dans la société. C'est ce qu'a fait d'abord le préteur : « Jus praetorium, dit Papinien, est quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam »¹. C'est ce qu'ont fait plus tard les empereurs et les jurisconsultes, assurant le triomphe des principes du droit naturel et de la justice. Cicéron recommandait déjà aux orateurs : « Cum hereditatis, sine lege, aut sine testamento, petitur possessio ; in quibus causis, quid aequius aequissimumve sit, quaeritur »². Plus tard Gaius, parlant des réformes du préteur critiqua le système étroit des Douze Tables. Comment ! dit-il, les enfants qui ne sont plus sous la puissance de leur père n'auront aucun droit à la succession de celui-ci et seront regardés comme des étrangers ? De même les agnats qui auront subi une « capitis deminutio » perdront-ils aussi tout lien d'agnation ? Et les femmes agnates autres que les sœurs, pourquoi sont-elles privées de la succession ? pourquoi les parents de la femme sont-ils aussi exclus ? Ce sont des iniquités, dit Gaius, et le préteur a raison de les corriger³. Pline, en rendant grâce aux empereurs d'avoir tenu compte dans leurs lois des principes du droit naturel, s'écrie dans le *Panégérique de Trajan* : « On a senti que les hommes souffriraient avec une peine extrême, qu'on entamât et qu'on réduisît des biens que leur garantissent le sang, la naissance, la communauté du culte domestique ; des biens qu'ils ne regardèrent jamais comme une propriété étrangère et en espérance, mais comme une « possessio », qu'ils avaient toujours eue et qu'ils devaient un jour transmettre à leur

1. D., I, 1, 7, 1.

2. CICÉRON, *Part. or.*, 28.

3. GAIUS, III, 18-25.

parent le plus proche »¹. Pour les philosophes, rien ne peut légitimement effacer le droit du sang, parce qu'il est d'institution naturelle.

On cherche donc à réparer les injustices du droit civil². Ainsi le préteur, ne pouvant pas créer d'héritier, appelle seulement à la succession, en leur accordant la « bonorum possessio », les héritiers siens et les enfants émancipés, d'abord « sine re » (l'émancipé est exposé à être évincé) mais plus tard « cum re », garantissant le « bonorum possessor » de toute éviction³. Cette faveur est également accordée à l'enfant donné en adoption, lorsqu'il a cessé de faire partie de la famille adoptive. Sous les Antonins, la jurisprudence accorde également le bénéfice de la « bonorum possessio unde liberi » à l'enfant né après l'émancipation de son père, dans la succession de son grand-père⁴, ainsi qu'à l'enfant resté sous la puissance de son grand-père, pour la succession de son père émancipé⁵.

Le préteur tient compte de la parenté fondée sur les liens du sang et il accorde la « bonorum possessio unde cognati » aux plus proches parents, parmi les cognats, jusqu'au sixième degré et aux enfants de cousins issus de germains (sobrino et sobrina nati) jusqu'au septième degré⁶. Ainsi il appelle à la succession les parents par les femmes, qui, appartenant à des familles différentes, étaient écartées par le droit civil. « ... Proconsul naturali aequitate motus, écrit Gaius, omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet jure civili deficiant »⁷.

Par faveur pour les liens d'affection qui unissent mari et femme, le conjoint survivant, qui, dans un mariage « sine

1. PLIN le Jeune, *Paneg.*, 37.

2. Pour les détails techniques concernant la matière des successions prétoriennes et les règles établies par les sénatus-consultes et les constitutions impériales, V. A. RIVIER, *Traité des successions*, p. 37-45 ; 148-162 ; 189-220. — B.W. LEIST, *Die Bonorum possessio*. — FLACH, *La bonorum possessio sous les Empereurs romains*. — CUQ, *Manuel*, p. 717-723. — GIRARD, *Manuel*, p. 897-902.

3. ULPPIEN, *Reg.*, XXVIII, 8 ; 13. — GAIUS, II, 148.

4. *D.*, XXXVII, 6, 5 pr.

5. *D.*, XXXVIII, 6, 6 ; XXXVII, 8, 4.

6. *D.*, XXXVIII, 8, 1, 3.

7. *D.*, *eod.*, 2.

manu » était écarté de la succession en vertu du droit civil, a le bénéfice de la « bonorum possessio », à défaut de parent du défunt¹.

Ces principes une fois introduits par le préteur, furent largement développés par la jurisprudence classique qui leur assura une application plus extensive. Deux sénatus-consultes, rendus, l'un sous Hadrien et l'autre sous Marc-Aurèle et Commode, modifièrent encore plus profondément le système successoral du « jus civile », en faveur des liens du droit naturel. Le sénatus-consulte Tertullien accorde à la mère un droit à la succession « ab intestat » de ses enfants, et Julien étend ce bénéfice à la mère d'un enfant naturel². Toutefois le Sénat apporte une restriction, c'est à condition que la mère ait le « jus liberorum », c'est-à-dire, à condition que la mère ingénue ait trois enfants et l'affranchie quatre. Quoi qu'il en soit, le lien du sang est reconnu et trouve également son application en matière successorale. En effet, dit Papinien, « quoique le vœu des parents et leur amour naturel pour leurs enfants éloignent d'eux la pensée qu'ils seront appelés à la succession de leurs descendants, cependant si l'ordre naturel vient à être troublé, la pitié naturelle oblige à laisser les biens aux parents comme aux enfants »³.

A l'inverse, le sénatus-consulte Orfitien de l'an 178, protège les enfants et les appelle à la succession de leur mère avant même tous les agnats, au premier rang (exclusis consanguineis et reliquis agnatis). Ce droit héréditaire appartient également aux enfants naturels et ne s'éteint pas par la « capitis deminutio »⁴. Ces dispositions assurent le triomphe de la loi naturelle sur la loi civile.

Cependant il ne suffit pas de protéger les ascendants, les descendants et les parents naturels contre les rigueurs injustes de la loi civile, il faut encore faire respecter les droits du sang et empêcher que des testateurs violent les devoirs d'affection qu'ils doivent avoir pour les leurs.

1. *D.*, XXXVIII, 11, 1.

2. *D.*, XXXVIII, 17, 2 pr. et 1. — ULPIN, *Reg.*, XXVI, 8 et 14. — PAUL, *Sent.*, IV, 9, 9^a.

3. *D.*, V, 2, 15 pr.

4. *Inst.*, III, 4 pr., 2 et 3. — ULPIN, *Reg.*, XXVI, 7.

« Ce serait une voix inhumaine et criminelle, dit Cicéron, que celle de l'homme qui dirait : après moi, que tout périsse ! On doit au contraire songer à ceux qui viendront après nous et pourvoir à leur avantage « propter ipsos », pour leur amour : de cette disposition de notre âme sont nés les testaments et les dernières recommandations »¹. Or c'est pour sauvegarder ces devoirs d'affection que sous la République et sous Auguste, plusieurs testaments furent cassés parce que les enfants y étaient déshérités, et Valère-Maxime qui rapporte ces faits ajoute : « Ainsi le lien le plus étroit entre les hommes, le lien du sang, prévalut sur la volonté d'un père »².

Car bien que la loi des Douze Tables proclamât le droit du citoyen de disposer de son patrimoine à sa guise, « il est probable que le danger d'abus était à l'origine écarté ou du moins atténué par l'esprit de famille si sain et si fort qui est un des plus beaux traits de la Rome républicaine des premiers siècles. Mais l'abus devait se produire. Il fallut restreindre cette liberté qui n'avait plus le frein d'un sens moral austère, ni celui de l'amour paternel »³.

Le droit civil et le droit prétorien établirent d'abord une restriction de pure forme à la faculté illimitée du « paterfamilias » de disposer de ses biens. Tant que le testament se faisait dans les comices, le testateur devait se prononcer publiquement sur le sort qu'il entendait faire à ses héritiers siens, en vertu de la règle que le « pater » qui a des héritiers siens doit à peine de nullité se prononcer formellement s'il entend les instituer ou les exhériter. C'était une garantie pour les héritiers contre les exhérédations injustifiées. Les prudents obligent désormais comme dans l'ancien temps le testateur à se prononcer sur la situation de ses héritiers, il ne lui est pas permis de les omettre⁴. En cas d'omission, de préterition d'un « heres suus », le testament est nul et il y a lieu d'ouvrir la succession « ab intestat » où les liens du

1. CICÉRON, *De fin.*, III, 19-20.

2. V. MAX, V, 9, 2-3 ; VII, 7, 2-3-4.

3. A. RIVIER, *Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain*, p. 186.

4. ULPPIEN, *Reg.*, XXII, 14-16.

sang reprennent leur droit¹. Pour assurer à cette règle une plus grande extension au profit de la famille, le préteur allonge la liste de ceux qui doivent être institués ou exhérédés formellement². Le préteur donne en outre aux héritiers, autres que « l'heres suus », et qu'il a visés dans l'édit, la « bonorum possessio contra tabulas » : les prétérits concourent alors avec les héritiers institués. Par cette disposition, les enfants naturels adoptifs et émancipés, et les enfants des émancipés³ obtiennent ce qui leur est dû en vertu de « l'officium pietatis », devoir qu'a méconnu le testateur.

Mais cette garantie est purement morale et le testateur pourrait toujours, à condition d'exhérer selon les exigences de la loi tous les héritiers, disposer à son gré de sa fortune. La jurisprudence fait appel ici à la notion de sentiment d'affection (officium pietatis) qui doit unir les parents entre eux. Ce sentiment d'affection doit porter le testateur à laisser au moins une portion de ses biens à certains parents plutôt qu'à des étrangers s'il n'a pas de motif de se plaindre d'eux. Donc non seulement il faut les mentionner dans son testament, mais il faut encore les y gratifier.

En effet, dit Gaius « non est consentiendum parentibus qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt : quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium ... »⁴.

Ceux qui sont lésés, à condition qu'ils soient des successibles « ab intestat » du défunt (les descendants, les ascendants, les frères et sœurs germains et consanguins sans distinction de parenté civile et naturelle) peuvent intenter contre l'héritier testamentaire une action en pétition d'hérédité devant le tribunal des Centumvirs⁵, pour réclamer la succession « ab intestat » en contestant la validité du testament : c'est le « querela inofficiosi testamenti ». Le prétexte

1. GAIUS, II, 123 et suiv. — ULPPIEN, *Reg.*, XXII, 16.

2. GAIUS, II, 129 ; 135.

3. *D.*, XXXVII, 4.

4. *D.*, V, 2, 4.

5. Pour les détails, V. A. RIVIER, *Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain*, p. 206-220. — CUQ, *Manuel*, p. 710-717. — GIRARD, *Manuel*, p. 913-921.

sur lequel est fondée la « querela », disent Marcien et Marcellus, c'est qu'on prétend que le testateur n'avait point son bon sens, lorsqu'il a fait ce testament injuste ; ce n'est pas cependant que le testateur ait été réellement « furiosus ou demens », « sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis »¹. Paul justifie cette action de l'héritier lésé, en faisant appel à la raison : « ratio deposcit »².

Par ces dispositions, préteurs, empereurs et jurisconsultes ont trouvé un moyen efficace pour concilier la liberté individuelle avec les droits et les devoirs de l'homme vis-à-vis des membres de sa famille. Sans doute il n'est pas absolument prouvé que ces mesures équitables soient dues entièrement à l'influence de la philosophie, mais on doit reconnaître qu'elles sont trop conformes aux enseignements des philosophes pour n'être pas à quelque égard l'effet des leçons sur la justice et la raison universelle. D'ailleurs, comme nous l'avons vu, les jurisconsultes eux-mêmes ne se font pas faute d'appuyer leurs développements sur des considérations puisées aux sources de la sagesse ou du droit naturel qu'ils disent être la voix de la raison humaine et divine.

1. *D.*, V, 2, 2 et 5.

2. *D.*, XXXI, 87, 3.

CHAPITRE III

L'ÉQUITÉ

Section I

Conception de l'équité

D'une manière générale, écrit Robertson dans l'*Encyclopédie anglaise*, le mot équité signifie justice. Mais d'une manière plus précise on entend par là, la justice distributive exercée non selon la lettre de la loi, mais d'après un sentiment de droiture naturelle. Pour le droit romain « l'aequitas » n'a pas toujours eu le même sens et les développements philosophiques de Cicéron au premier abord semblent varier et passer d'une acception à une autre avec une facilité assez déconcertante. Mais d'où vient ce mot, qui a eu une si grande fortune à Rome et notamment dans le droit romain ? A-t-il toujours eu le sens que devaient plus tard lui donner Cicéron et les jurisconsultes ? Certains philologues rattachent le mot « aequitas » à εἰκός ou εἰκώς (semblable au juste), d'où du reste dérivent ἐπιείκεια et ἐπιείκεις. A. Giannini qui rapporte ces diverses opinions pense qu'il n'y a rien de commun entre ces racines, pas plus qu'il n'existe de lien philologique entre ἐπιείκεια et « aequitas », car le premier dans son sens primitif signifie, décence, convenance, tandis que celui-ci exprime originellement l'idée d'égalité, d'unité¹. De même si « aequitas » se

1. Cf. A. GIANNINI, *L'Equità*, Arch. giur., 4^e sér., t. XXI, p. 179 et suiv.

trouve avoir la même acception que *ισότης*, on peut remarquer la formation similaire de ces deux termes, dérivés des adjectifs correspondants *ἴσος* et « *aequus* » auxquels on a ajouté les suffixes *-της* et *-tas*, analogues, sans qu'on puisse conclure de l'apparition tardive du substantif « *aequitas* » à une dérivation du grec. « *Aequitas* » est donc un développement étymologique du sol latin. Cependant son sens a évolué¹. Primitivement il avait la même acception que « *aequalitas, unitas*, » égalité absolue, impartialité rigoureuse, tout aussi bien qu'il signifiait la disposition plane d'un lieu. Ainsi par exemple, un traité était dit « *aequum* », quand il comportait une absolue égalité de conditions chez les contractants² et il était au contraire « *iniquum* » quand un des signataires imposait à l'autre sa volonté.

Dès l'époque de Cicéron, le mot tout en conservant son sens primitif d'égalité, cesse de marquer une égalité rigide pour devenir une égalité proportionnelle, et se rapproche de l'idée exprimée en grec par *ισότης*, lequel pour les stoïciens est rattaché à la *δικαιοσύνη* : *τῇ δὲ δικαιοσύνῃ (ἔπονται) ἰσότης καὶ εὐγνωμοσύνη*³. Ainsi pour Cicéron il y a un rapport intime entre la « *justitia* » et « *l'aequitas* » et celle-ci serait comme « *justitiae maximae propria* » (*De leg.*, I, 18). Cette conception se trouvait déjà chez Plaute et Térence pour qui « *l'aequum* » et « *bonum* » apparaissaient comme l'idéal de la justice et complétaient la loi⁴.

Mais souvent Cicéron assimile « *l'aequitas* » à la « *justitia* » : ainsi quand en s'inspirant de la théorie platonicienne des trois espèces de *δικαιοσύνη* (Diogène Laërce, III, 83), il divise « *l'aequitas* » en trois parties (rapports avec les dieux, avec les mânes et avec les hommes), il étend à « *l'aequitas* » le concept de « *justitia* » et ne marque aucune différence entre ces deux sentiments : « *Aequitas tripartita dicitur esse : una ad superos deos, altera ad manes, tertia ad homi-*

1. Cf. *Vocabularium jurisprudentiae romanae jussu Instituti Savigniani*, I, p. 293-296 : « *aeque, aequitas, aequus, aequior, aequissime* ». — *Thesaurus linguae latinae*, I, col. 1013-1017 et 1028-1046.

2. TITE-LIVE, XXXIV, 57.

3. DIOGÈNE LAERCE, VII, 126.

4. PLAUTE, *Menaech.*, IV, 2, 10. — TÉRENCE, *Adelp.*, I, 1, 39. — Voir les textes cités dans VOIGT, *Die Lehre vom Jus gentium der Römer*, I, p. 34 et suiv.

nes pertinere ; prima pietas, secunda sanctitas, tertia justitia aut aequitas dicitur » ; et ailleurs il écrit « aequitatis autem vis est duplex : cujus altera directi et veri, et justii, et ut dicitur, aequi et boni ratione defenditur ; altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet »¹.

C'est pourquoi, pour Cicéron « l'aequitas » est la substance et le principe du « jus naturale », droit de nature conforme au sentiment de la justice, tel que les dieux l'ont déposé dans le cœur des hommes. Aussi est-elle le principe directeur du « jus civile » : « Jus civile est aequitas constituta iis qui ejusdem civitatis sunt » (*Top.*, 2). C'est que le droit doit être conforme à la justice : « Jus enim semper est quaesitum aequabile, neque enim aliter esset jus »².

Mais comme le « jus » ne saurait être une reproduction parfaite de la justice, il faut donc compléter le « jus » par « l'aequitas ». C'est pourquoi au regard de Cicéron dans l'union des mots « juris aequitatisque » et dans la compénétration des deux éléments est placée la réalisation de l'idéal du droit et « jus » et « aequitas » sont pour lui le « summum » de la justice : « Viri boni ipsam aequitatem et jus ipsum amant ». Tel est aussi d'ailleurs le devoir du citoyen : « Privatum oportet aequo et pari cum civibus jure vivere »³.

Or au regard de Cicéron, « l'aequitas » est le fondement de la « justitia » et de « l'honestum » et en sens inverse la vraie justice doit s'identifier avec l'équité⁴. Celle-ci devient alors l'idéal du « jus ». Et c'est ce que Celse a compris quand il définit le « jus » comme étant « l'ars boni et aequi » (*D.*, I, 1, 1, pr.). Pour lui, « l'aequitas » apparaît donc ainsi comme le principe qui inspire le « jus ». Le « jus civile » est donc la mise en œuvre de ce sentiment supérieur de justice, il est un reflet de cet idéal de justice qu'est la notion d'équité. Et en somme quand le droit positif est conforme dans ses décisions à « l'aequum » et « bonum », il réalise l'équité natu-

1. CICÉRON, *Top.*, 23 ; *Part. or.*, 37.

2. CICÉRON, *De off.*, II, 12. Cf. aussi *Pro Plancio*, XIII, 33 : « aequitas juris » ; *Pro Caec.*, XXI, 61.

3. CICÉRON, *De leg.*, I, 18 ; *De off.*, I, 34.

4. Cf. RAGUSA, *Diritto ed Equità*, Arch. giur., 4^e sér., t. XX, p. 224. — O. LISCU, *op. cit.*, p. 246.

relle et l'on peut dire qu'il est alors « l'équité civile »¹. Il s'agit alors pour lui, « en vue d'assurer la fin qui est le bien commun, « bonum », de maintenir entre les êtres placés les uns à l'égard des autres dans des rapports différents, une égalité proportionnelle, une égalité dans les rapports, un rapport de proportionnalité, ce que les textes appellent « *aequum* », en proportion de ce qui revient à chacun »². Ainsi les préceptes du « *jus* » sont conformes à ceux de la « *justitia : suum cuique tribuere* »³.

C'est pourquoi, il faut voir dans la définition de Celse, non pas une confusion du droit et de la morale, mais la marque d'une influence philosophique. Jusqu'à la fin de la République, le droit à Rome était bien délimité en « *jus* » et « *fas* », et toute idée de moralité était étrangère à la conception des relations juridiques. Mais bientôt les spéculations philosophiques ont révélé aux prudents des principes élevés de justice : on s'habitua à comparer toute activité à cet idéal nouvellement proposé, au sentiment d'équité que l'étude de la philosophie a développé et que réclamait l'évolution des mœurs.

Pourtant la réalisation de la « *justitia* » et de « l'*aequitas* », dans le « *jus* » est plus ou moins parfaite, et très souvent il y a opposition entre « l'*aequitas* » et le « *jus* ». Et c'est ce que marque Cicéron dans maints passages de ses œuvres⁴. Faut-il voir là une contradiction dans la pensée de l'écrivain romain ? Certainement non. Quand Cicéron affirme que le « *jus civile est aequitas constituta iis qui ejusdem civitatis sunt* » et quand il écrit ensuite que le « *jus* » est en opposition avec « l'*aequitas* », ce n'est qu'une question de point de vue. Ses idées paraissent flottantes, peu nettes⁵ ; en réalité tous les développements se ramènent à cette idée que « l'*aequitas* » représente un idéal supérieur de justice, que la loi tantôt réalise, tantôt contrarie.

1. Cf. RAGUSA, *op. cit.*, p. 224.

2. SENN, *De la justice et du droit*, p. 29-31.

3. ULPEN, *D.*, I, 1, 10.

4. CICÉRON, *Part. or.*, 28 ; *De off.*, III, 16 ; *Brutus*, 38 et 39.

5. P. KRUEGER, *Histoire des sources du droit romain*, p. 166.

Nous avons vu également que pour Cicéron « l'aequitas » était un principe du « jus naturale », que « l'aequum » et « bonum » s'accorde avec l'esprit de ce droit de nature¹. Tel est aussi l'avis de Paul (*D.*, I, 1, 11) : « semper aequum ac bonum est jus dicitur, ut est jus naturale ». Pomponius déclare qu'il est équitable en vertu du droit naturel (*jure naturae aequum est*) de ne pas s'enrichir au détriment d'autrui². Du reste dans de nombreux textes rapportés au *Digeste*, le qualificatif « naturalis » est ajouté au mot « aequitas »³.

Mais pour que le « jus » assure la justice et les rapports de proportionnalité entre les hommes conformément à la loi de nature, il faut bien en pénétrer l'esprit et ne pas s'attacher aux subtilités qui dépassent la portée de la loi : car on ne tient plus compte alors des rapports réels et le texte aride ne sert qu'à créer l'injustice. C'est pourquoi on peut dire : « Summum jus, summa injuria » (*De off.*, I, 10), proverbe que déjà Térence avait mis dans la bouche d'un de ses personnages. Aussi Cicéron reproche-t-il aux juristes de son temps, quelques-uns encore imbus des principes de l'ancienne école, d'avoir péché contre l'équité : « in omni jure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt »⁴.

Or dans la loi antique, la lettre imposait un pouvoir tyrannique, on ne pouvait s'en dégager qu'en cherchant dans le sentiment de justice les principes d'interprétation plus conformes à la raison. Ainsi donc pour Cicéron, à côté du « jus », ou plutôt au-dessus de lui, existe « l'aequitas », dont le « jus » n'est qu'une manifestation partielle : c'est ce qui explique que celui qui s'attacherait exclusivement au « jus » sans tenir compte de cet idéal supérieur de justice, qu'on ne saurait fixer complètement dans la loi, manquerait souvent à la justice.

Ces développements de l'orateur romain sont trop semblables aux théories d'Aristote pour n'être pas un peu

1. Cf. VOIGT, *op. cit.*, I, p. 316-324.

2. *D.*, L. 17, 206 ; *D.*, XII, 6, 14.

3. Cf. *D.*, XXXVIII, 8, 2 ; *XL*, 1, 9, 3 ; *XLIV*, 4, 1, 1 ; *XLIX*, 15, 19 pr. ; *XV*, 1, 11, 2 (*natura aequum*) ; *XLVII*, 4, 1, 1.

4. CICÉRON, *Pro Murena*, 13.

communs. Pour Aristote, l'équité, le *τὸ ἐπιεικὲς* est aussi au-dessus de la loi écrite : elle est une juste rectification du juste rigoureusement légal : *τὸ ἐπιεικὲς δίκαιον μὲν ἐστίν, οὐ τὸ κατὰ τὸν νόμον δὲ, ἀλλ' ἀπανόρθωμα νομίμου δίκαιου*¹ : « L'équité tout en étant juste, n'est pas le juste légal, le juste suivant la loi, mais il est une heureuse rectification de la justice rigoureusement légale ».

Le *τὸ ἐπιεικὲς* est bien, comme l'affirme Cicéron pour « l'*aequitas*», la justice idéale, car Aristote le considère comme demeurant toujours et ne changeant jamais, aussi éternel que la nature elle-même². Il est donc l'expression de la loi commune ou droit naturel (*κοινὸς ἄγραφος νόμος*).

Mais « l'équité est aussi une justice en dehors de ce que la loi civile peut ordonner. En effet la loi ne règle que le cas général (*τὸ ἐπιπλεόν*) et elle dispose « in abstracto » ; elle saisit les hypothèses les plus ordinaires et ne peut prévoir tous les détails »³. Lors donc que la loi dispose d'une manière toute générale, et que dans les cas particuliers il y a quelque chose d'exceptionnel, alors on fait bien, là où le législateur est en défaut de redresser et de suppléer à son silence et de prononcer à sa place comme il prononcerait lui-même s'il était là⁴. Et le rôle de l'équité est de redresser la loi où elle se trompe à cause de la formule générale qu'elle doit employer. C'est ce que répète Théophraste dont Pomponius cite l'opinion en la faisant sienne (*D., I, 3, 3*) : « *jura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his, quae ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidunt, non quae ἐκ παραλόγου* ». Tel est aussi l'avis de Celse, Paul, Ulpien et Julien⁵. Julien et Ulpien recommandent encore d'étendre une loi à un cas particulier quand le sens est clair dans une cause⁶ : les théories du Stagirite se trouvent approuvées et en accord avec les décisions des jurisconsultes romains.

Mais Aristote voit dans l'équité, une autre fonction. Elle empêche de s'attacher à la lettre de la loi : « Si la lettre blesse,

1. *Mor. à Nic.*, V, 10, 3 ; *Rhét.*, I, 13, 13.

2. ARISTOTE, *Rhét.*, I, 15, 2.

3. *Rhét.*, I, 13, 9 ; *Polit.*, II, 5, 12 ; *Mor. à Nic.*, V, 10, 4.

4. *Mor. à Nic.*, V, 10, 5.

5. *D.*, (I, 3), 4 ; 5 ; 6 ; 8 ; 10.

6. *D.*, *eod.*, 12 et 13.

cherchez l'esprit » dit-il et l'on doit regarder non pas la loi, mais le législateur et l'esprit des dispositions qu'il a prises. Ce sont autant de recommandations qui trouvent leur écho dans la jurisprudence et les écrits des jurisconsultes romains ¹. Ailleurs il écrit : « On recherchera si la loi qu'on vous oppose n'est pas en contradiction avec quelque autre loi fameuse ou peut-être aussi avec elle-même. Si le sens d'une loi est assez équivoque, pour qu'on puisse la retourner et prendre l'une ou l'autre conduite, on verra s'il faut la prendre dans le sens propre de la justice ou dans le sens de l'intérêt et l'on se dirigera en conséquence » ². Or la même idée se trouve aussi chez le jurisconsulte Celse (*D.*, I, 3, 19) : « In ambigua voce legis, ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit ».

Mais à côté de cette fonction du τὸ ἐπεικὲς et l'on peut dire, au-dessus de cette fonction, il y en a une autre : c'est qu'il existe un droit en puissance qui devrait être transformé en lois positives : ces lois, dit la *Politique*, sont fondées sur les mœurs dont l'autorité est supérieure à la loi écrite. Celle-ci n'est pas à elle seule tout le droit : « Il y a un juste et un injuste communs, naturellement universels, que tous les hommes devinent en quelque sorte, sans qu'il y ait pour cela entre eux communication préalable ni convention » ³. Ici on retrouve également la thèse de Cicéron : à savoir l'existence d'une justice supérieure à loi, δικαιοσύνη suprême, fondée sur la nature. Le sens de τὸ ἐπεικὲς est alors le même que celui d'« honestum » employé par Paul (*D.*, L, 17, 144) : « Non omne, quod licet honestum est ». Et ce qui est « honestum » est aussi conforme à la parfaite justice, est également « justum » et « aequum » : « quicquid aequum justumque esset, écrit Cicéron, id etiam honestum, vicissimque quicquid esset honestum, id justum etiam atque aequum fore » ⁴.

Il y a donc une distinction à faire entre la justice écrite,

1. ARISTOTE, *Pol.*, III, 10, 4 ; III, 11, 4 ; *D.*, I, 3, 17 et 18.

2. ARISTOTE, *Rhét.*, I, 15, 4 et 5.

3. ARISTOTE, *Rhét.*, I, 13, 1.

4. CICÉRON, *De fin.*, III, 21.

absolue, s'appliquant uniformément à tous les cas et la justice relative à laquelle on donne le nom d'équité, et qui sait distinguer les cas particuliers et les circonstances ; de sorte que l'équité tiendra mieux compte de tous les éléments d'appréciation. Ainsi, dit Aristote, « on ne peut pas punir également les maladresses et les délits ; on ne peut non plus mettre sur la même ligne, les maladresses et les malheurs. Les malheurs, ce sont tous les accidents qu'il était impossible de prévoir et où il n'entre aucune intention mauvaise ; les maladresses sont les accidents qui pouvaient être prévus, mais qui ne supposent pas une intention malfaisante ... L'équité consiste à regarder non à l'acte lui-même, mais à l'intention »¹.

Dans ce texte du philosophe se trouvent contenus tous les germes des théories que devait bientôt développer la jurisprudence romaine : importance accordée à l'intention ; rôle reconnu à la force majeure ; appréciation plus équitable des degrés de la culpabilité dans les contrats et les délits.

Donc pour la philosophie aristotélicienne de même qu'aux yeux des Romains, nous l'avons déjà dit, « l'*aequitas* » (τὸ ἐπιεικὲς) assure bien une proportionnalité. Cependant cette notion de proportionnalité ne doit pas être appréciée en regard de l'individu seul et par rapport à lui-même, mais en rapport de l'ensemble de la société. Aussi Cicéron a-t-il pu dire que le droit, en tant qu'il est conforme à l'équité, ne favorise pas l'égoïsme humain, mais au contraire le réprouve comme pernicieux à la société humaine. De sorte que contreviennent à la parfaite justice non seulement ceux qui cherchent leur avantage même au détriment d'autrui, mais aussi ceux qui négligent de défendre leurs semblables en péril². C'est là aussi l'enseignement des stoïciens qui recommandent les devoirs de charité universelle.

Cette équité ordonne aussi que non seulement on ne fasse pas du tort à son semblable, dans ce qui est défendu par la

1. ARISTOTE, *Rhét.*, I, 13, 12 et 13.

2. CICÉRON, *De off.*, III, 5 et 6. — I, 7 et 9. Cf. RAGUSA, *op. cit.*, p. 109 et suiv. — D., XLIII, 16, 1, 27 : Repousser une attaque par la violence est un droit de nature, dit Cassius Longinus. C'est un autre aspect de la même question. Cf. *supra*, p. 134.

loi, mais même dans ce qui peut rompre d'une manière quelconque la proportionnalité : ainsi on n'est plus équitable en commettant un « *dolus malus* ». La mauvaise foi est considérée comme une atteinte grave à l'équité : « *Hoc edicto, écrit Ulpien, praetor favet naturali aequitati qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere* »¹. Paul justifie lui aussi en ces termes l'exception de dol donnée par le préteur : « ... *hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus malus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit* »².

L'équité doit dominer partout et il faut en tenir compte en toute circonstance : « *in omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda est* »³. Cette équité qui se confond avec la justice parfaite, nous recommande aussi le devoir de bonne foi : « *fundamentum justitiae est fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas* »⁴. Sans doute il faut tenir compte de l'exagération de Cicéron ; toutefois, la bonne foi, sans être, comme il le dit, le fondement de la justice et de l'équité, en est au moins une partie essentielle. Donc la bonne foi est non seulement la fidélité à ses engagements, mais aussi la sincérité dans ses paroles : elle n'admet pas de subtilité mensongère et elle veut une volonté constante dans ses résolutions : « *Quid enim tam congruum fidei humanae quam ea quae inter eos placuerunt servare* » ? demande Ulpien⁵. Mais c'est aussi de la mauvaise foi que de s'attacher à une interprétation trop subtile et qui dénature l'esprit du texte. On paraît être dans la légalité, sans y être, si l'on s'en tient à la lettre en négligeant l'intention : c'est donc sur la véritable intention que repose la bonne foi (Cicéron, *De off.*, I, 10).

Or la bonne foi interdit toute feinte, toute dissimulation, tout ce qui n'est pas la vérité pure et simple. Il faut donc non seulement rejeter le dol (*Dolus malus in simulatione ut ait Aquilius*) (Cicéron, *De off.*, III, 15), mais encore bannir

1. *D.*, XIII, 5, 1 pr. Cf. aussi *D.*, II, 14, 1 pr.

2. *D.*, XLIV, 4, 1, 1.

3. *D.*, L, 17, 90.

4. CICÉRON, *De off.*, I, 7.

5. *D.*, II, 14, 1 pr.

toute fraude et tout mensonge de la vie juridique. C'est là ce que demande la droite raison qui ne connaît que la droite justice : « Ratio ergo hoc postulat, ne quid insidiose, ne quid simulate, ne quid fallaciter ? » Une conduite insidieuse peut échapper à la justice des hommes mais elle n'échappe pas pour cela au contrôle de la raison ; « car, dit Cicéron, les lois ne sont pas armées contre la fraude comme l'est la philosophie ; les lois ne peuvent atteindre l'artifice qu'autant qu'il est pour ainsi dire palpable ; la philosophie le poursuit partout où la raison et l'intelligence peuvent se faire jour »¹. Pour les lois, la prudence est permise pourvu qu'on n'enfreigne pas les règles légales, mais au regard de la philosophie, la prudence sans l'équité est en réalité de la subtilité artificieuse et de la fourberie.

Les jurisconsultes et le préteur avaient beaucoup à faire pour faire pénétrer plus de justice dans les relations juridiques. C'est qu'il fallait examiner les rapports et les principes purement juridiques à la lumière de la philosophie. Ils l'ont fait avec succès. Ainsi les prudents ont fini par donner au mot « dolus », un sens large qui se rapproche de l'idée qu'en donne Cicéron. Pour eux aussi il y a dol quand il y a tromperie, dissimulation ou seulement subtilité fallacieuse. Toute restriction est contraire à la justice, donc répréhensible. « Croit-on que, jusqu'alors, un propriétaire romain, en train de vendre ou son esclave ou sa maison, se soit mis en peine de déclarer d'avance à l'acheteur des défauts qui auraient déprécié sa chose ? il lui paraissait aussi légitime que naturel de les tenir cachés »². Mais c'est que jusqu'alors la sagesse (au sens où l'entendait le philosophe Carnéade, c'est-à-dire cet instinct qui nous fait défendre nos intérêts avant tout, et qu'il oppose à la justice), la sagesse passait aux yeux des Romains pour règle suprême dans les relations juridiques. Mais lorsque la philosophie eut montré à ces sages qu'ils n'étaient que sages sans être justes, elle « éveillait et inquiétait les consciences au lieu de les mettre à l'aise ». Elle leur ouvrait les yeux sur une délicatesse morale qu'ils n'avaient jamais aperçue³.

1. CICÉRON, *De off.*, III, 17.

2. C. MARTHA, *Etudes morales sur l'antiquité : Carnéade*, p. 98.

3. C. MARTHA, *op. cit.*, p. 98.

C'est pourquoi, si Servius voit dans le dol seulement « machinationem quamdam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur », Labéon est plus vigoureux et rejoint plus parfaitement la pensée de Cicéron en englobant dans sa définition « omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam ». Ulpien complète cette définition et comprend dans le « dolus malus », toute prudence ou adresse qui ne se produit pas pour une bonne cause¹.

A plus forte raison la notion de dol comprend-elle celle de fraude (fraus) : « Sed eleganter ait Labeo ... inest enim dolo et fraus »². On veut exprimer par ce mot tout dommage causé par un dol³.

Ainsi donc on retrouve toujours l'intention mauvaise de rompre « l'aequitas » dans les relations. Cette importance accordée à l'intention ne cesse de croître ; c'est que parallèlement, « l'aequitas » dans les derniers siècles de la République et sous l'Empire, tend à devenir et est en grande partie pour eux (les jurisconsultes) la substance de tout le droit, la finalité de tout l'ordre juridique, qui avec leurs règles et leurs décisions devaient maintenir l'équilibre dans la vie sociale en tenant compte des aspects des faits et des intérêts privés et publics des hommes »⁴.

Mais cette « aequitas » en quelque manière s'oppose au droit ancien, en ce sens que celui-ci était le « jus strictum », aux conceptions étroites et aux applications trop rigoureuses et dont la rigueur devenait une injustice légale. Il y a donc là un progrès immense dans l'esprit du droit. « L'aequitas » forme bien la substance de toutes les règles nouvelles ; on réagit contre le juste trop rigoureusement légal dont parlait Aristote. C'est pourquoi dit Gaius « saepe accidit ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari »⁵. On peut donc proclamer désormais : « Jus est ars boni et aequi ». Ainsi « cette aspiration que Cicéron

1. D., IV, 3, 1, 2 et IV, 3, 1, 3 *a contrario*.

2. D., II, 14, 7, 10.

3. En ce sens, D., VI, 1, 63 ; XIII, 17, 3 ; XVII, 2, 3, 3.

4. S. RICCOBONO, *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, *Mélanges Cornil*, II, p. 253.

5. GAIUS, IV, 115.

avait exprimée avec tant de chaleur, en suivant l'enseignement de la philosophie aristotélicienne, s'est enfin réalisée dans le monde romain »¹.

Pourtant « l'aequitas », affirme Krueger, n'est point pour les jurisconsultes romains un principe unique; elle représente à leurs yeux le progrès dans la législation, elle comprend tout un ensemble de règles nouvelles en opposition avec l'ancien droit que l'on abandonnait parce qu'il n'était plus en harmonie avec l'état social de leur temps et parce qu'il était insuffisant, étant donné le grand développement des affaires durant l'Empire. « D'ailleurs, ajoute-t-il, souvent on ne se réfère à l'« aequitas » que pour éviter de motiver d'une manière précise une règle de droit »².

C'est à n'en pas douter restreindre le sens et la portée de « l'aequitas ». Et c'est méconnaître aussi le rôle que la philosophie a joué dans la formation et le développement de cette notion. Les conceptions des jurisconsultes paraissent imprécises et parfois empiriques. En réalité c'est une pensée unique qui guide la jurisprudence nouvelle, à savoir la recherche et la réalisation plus parfaite de la justice dans les rapports juridiques. Et si parfois, telle solution ne paraît pas tout à fait conforme aux règles légales, en invoquant « l'aequitas », les jurisconsultes ne veulent pas seulement éviter de la motiver, mais ils indiquent clairement que sa conformité avec l'idéal de justice tel qu'il apparaît à la raison est une raison suffisante pour la faire adopter. Chaque fois donc que les jurisconsultes parlent de « l'aequitas », ils se réfèrent à ce principe nouveau, à cet esprit de justice, qui inspire la jurisprudence nouvelle³. Ainsi pour reprendre les exemples proposés par Krueger, si la théorie des « bonae fidei judicia » se rattache à « l'aequitas », c'est que ces « bonae fidei judicia » sont inspirés de cet esprit nouveau de justice et laissent une plus large place à l'appréciation de la proportionnalité des rapports juridiques, élément

1. S. RICCOBONO, *op. cit.*, p. 255.

2. KRUEGER, *Histoire des sources du droit romain*, p. 168 et n. 4.

3. Voir dans GIANNINI, *L'Equità*, *Arch. giur.*, 4^e sér., t. XXI, p. 194 et suiv., le relevé des textes des prudents où les mots « aequitas, aequus, aequior, aequissimus » sont employés.

inconnu des « *stricti juris judicia* » ; et si les innovations les plus diverses du « *jus honorarium* » sont décorées de la mention de « *l'aequitas* », c'est qu'en réalité, toutes sont nées d'un plus grand besoin de justice et sont inspirées par ce sentiment supérieur d'équité. Et d'ailleurs avec les progrès des idées et la décadence des mœurs, les règles anciennes se trouvent pêcher contre la justice parfaite ; en invoquant donc « *l'aequitas* » pour motiver leurs innovations, les jurisconsultes donnent satisfaction à un besoin nouveau et les Romains en acceptant cette raison qu'on leur donne, considèrent que « *l'aequitas* » est la manifestation du sentiment de justice, sentiment plus affiné depuis que la philosophie a habitué les esprits à plus de subtilité et les consciences à plus de finesse.

Section II

Applications juridiques de la notion d'équité

Nous n'avons pas la prétention d'étudier tout ce que de près ou de loin l'équité et le sentiment plus développé de la justice ont pu inspirer aux jurisconsultes et au préteur pour améliorer l'état de droit. Nous nous contenterons de dégager les principes les plus riches en applications et quelques faits marquants qui suffiront à établir l'influence de la pensée philosophique sur la vie juridique.

Une question cependant se pose dès l'abord. Le droit romain a évolué : or les solutions nouvelles proposées par le préteur et les prudents où l'équité occupe une place plus importante, sont-elles le produit d'une évolution nécessaire et normale de la science juridique ou le résultat d'une influence ? La comparaison du droit ancien et de son esprit avec l'esprit du droit nouveau offre le spectacle d'une évolution assez rapide et même surprenante. Sans doute des situations nouvelles ont fait paraître plus flagrantes certaines injustices et la rigueur excessive d'un organisme juridique créé pour d'autres siècles, ne pouvait causer que du déséquilibre dans les relations nouvelles. Aussi a-t-il

fallu réadapter le droit. Or l'on conçoit qu'on ait pu trouver spontanément ces notions qui devaient bouleverser de fond en comble l'esprit du droit et de la jurisprudence. Mais quand ces notions et leurs applications se trouvent être conformes aux principes enseignés par les philosophes et développés à satiété dans les écoles de rhétorique, on peut se demander s'il ne faut pas y voir un rapport de causalité entre ces deux éléments et si la philosophie n'a pas été une lumière pour le droit ; surtout lorsqu'à la même époque et dans la sphère extra-juridique, d'autres hommes ont fait de ces questions l'objet de leurs études, indépendamment d'ailleurs de toute considération professionnelle et lorsqu'il se trouve précisément que ces mêmes auteurs sont les disciples zélés des philosophes grecs et les propagateurs de leurs doctrines.

Toutefois en admettant que le préteur et les prudents frappés des situations injustes créées par un droit trop rigoureux aient voulu y remédier, en le faisant conformément à un sentiment plus équitable de la justice, ils n'ont fait qu'appliquer des principes philosophiques, qu'ils pouvaient évidemment trouver dans leur conscience, mais qui n'en sont pas moins du domaine de la philosophie et cela seul autorise à parler de l'influence de cette science sur le droit.

Dans deux domaines, l'équité avec son corollaire, la bonne foi, a modifié profondément les rapports juridiques : la procédure et les obligations.

§ I. *La procédure*

Le préteur était à l'avant-garde et grâce à l'édit il a pu réaliser de notables réformes. L'équité et la bonne foi ont reçu pleinement satisfaction dans les « *judicia bonae fidei* » de création prétorienne. Ce sont des actions personnelles « *in jus* » incertaines ; et la présence dans « *l'intentio* » de leur formule des mots « *ex fide bona* » donne au juge le pouvoir d'apprécier selon la bonne foi le rapport juridique invoqué par le demandeur. Ainsi la responsabilité du dol et de la faute est plus large et le juge n'est pas lié rigoureusement par les termes des conventions, de sorte qu'il peut

juger les choses conformément à un sentiment de justice plus équitable. Quant à l'étendue du droit du demandeur et la prestation à effectuer par le défendeur, la détermination en est faite seulement à la fin du procès, tandis que dans les « *judicia stricti juris* » le juge doit se conformer rigoureusement aux termes de la « *condemnatio* » contenue dans la formule : l'étendue du droit du demandeur est ainsi fixée à l'avance, et le juge doit se placer au moment de la délivrance de la formule pour résoudre la question posée par le magistrat¹. Si donc le droit du demandeur n'existe pas au moment de la « *litis contestatio* » il absout le défendeur sans tenir compte des faits qui ont pu surgir entre la « *litis contestatio* » et le moment de la « *condemnatio* ». A l'inverse le défendeur sera condamné à payer, quand bien même, après la « *litis contestatio* », pris de scrupule sur le bien-fondé de sa défense, il se serait acquitté spontanément de son obligation. Il y a là une conséquence injuste. C'est pourquoi, comme nous venons de le voir, il fut admis que dans les actions de bonne foi, le juge doit tenir compte de tous les événements intervenus depuis la « *litis contestatio* » et avant la « *condemnatio* ». La valeur pécuniaire de la chose litigieuse s'apprécie au jour du jugement ; le jugement entraîne l'absolution du défendeur si la chose a péri fortuitement au cours du procès, surtout si elle eût péri également dans le cas où elle aurait été restituée, et enfin la condamnation doit comprendre tout ce que le demandeur aurait eu si le jugement avait été rendu lors de la « *litis contestatio* »². Les sabinien et les proculéen ont longuement discuté pour savoir s'il fallait étendre cette solution équitable à toutes les actions autres que les « *judicia bonae fidei* » : les proculéen maintenaient la solution la plus rigoureuse, les sabinien étendaient la solution équitable, et leurs opinions l'emportèrent³.

Le juge pouvait aussi, en vertu de la clause de bonne foi, apprécier plus justement la conduite du demandeur et celle

1. Cf. GIRARD, *Manuel*, p. 1082. — CUG, *Manuel*, p. 856.

2. D., XIII, 6, 3, 2 ; XIII, 3, 3 (*Servius*) ; XII, 1, 22 ; XXIII, 3, 5 pr. ; VI, 1, 58 (*Alfenus*) ; XXX, 91, 7 ; XII, 1, 31 pr. ; XXII, 1, 2.

3. GAIUS, IV, 114. — GIRARD, *Manuel*, p. 1103-1104 et 1074.

du défendeur. Tandis que dans les actions de droit strict, le défendeur qui avait quelque motif de reproche à faire valoir contre le demandeur devait obtenir du prêteur l'insertion d'une exception dans la formule, afin d'en saisir le juge, le défendeur dans l'action de bonne foi fut dans tous les cas protégé contre une demande contraire à l'équité, et sa condamnation était subordonnée à l'absence de tout dol, violence ou mauvaise foi du demandeur : l'exception n'a pas besoin d'être insérée, le défendeur est protégé « *aequitate ipsius iudicii* »¹.

Dans les actions prétoriennes « *in bonum et aequum conceptae* », le prêteur donne aussi pleinement satisfaction à l'équité dans la condamnation. Ainsi il prescrit de condamner à « *quantam pecuniam bonum et aequum videbitur, quod aequius et melius erit* ». Le juge a ainsi des pouvoirs étendus pour apprécier les rapports et les droits des intéressés en présence. La plupart de ces actions en effet sanctionnent des prétentions qui ont un caractère plutôt moral que pécuniaire² : il est évident qu'ici une justice trop étroite serait de l'injustice.

L'équité finit même aussi par pénétrer dans le domaine des actions de droit strict. A l'origine le défendeur qui voulait écarter une demande contraire à l'équité n'avait que la ressource de demander au magistrat de refuser l'action : « *actionem non dare* ». De son côté le prêteur prévoyait dans l'édit les cas où il refuserait de laisser intenter une action³. Mais ce palliatif devint bientôt insuffisant et avait l'inconvénient d'obliger le magistrat à envisager la requête du défendeur indépendamment de l'ensemble des rapports entre les intéressés. On créa alors l'exception. Cette clause insérée dans la formule après « *l'intentio* » confère au juge le pouvoir d'examiner les allégations du défendeur en même temps que la prétention du demandeur et elle permet au juge de faire une appréciation plus juste des rapports respectifs du demandeur et du défendeur.

1. GAIUS, IV, 116-119 ; D., X, 3, 14, 1 ; D., XXIV, 3, 21 ; XXX, 84, 5.

2. Cf. CUQ, *Manuel*, p. 857, n. 4. — GIRARD, *Manuel*, p. 1084.

3. D., XLIV, 5 : « *quarum rerum actio non datur* ».

Ce procédé est un moyen très ingénieux d'atténuer la rigueur des jugements trop conformes à la lettre de la loi. Toute demande fondée en droit et qui devrait ainsi recevoir satisfaction normalement, se trouvera exclue si elle n'est pas exempte de reproche et si elle est contraire à l'équité.

A l'exception opposée par le défendeur, le demandeur qui aurait quelque autre grief contre le défendeur, pourra demander l'insertion d'une réplique tendant à paralyser l'exception invoquée contre lui. Une réplique du défendeur à la première est possible¹.

Cependant, en vue de donner à l'équité plus complète satisfaction et parce que les exceptions proposées dans l'édit ou accordées par le prêteur suivant les circonstances ont l'inconvénient de restreindre les pouvoirs du juge en l'obligeant à tenir compte seulement de certains faits déterminés, la jurisprudence généralise l'application de l'exception de dol. Chaque fois qu'une action pèche contre l'équité ou ne se justifie pas, alors même qu'on ne pourrait relever à la charge du demandeur aucun dol, « l'exceptio doli generalis » peut être accordée². Ainsi peu à peu les « *judicia stricti juris* » eux-mêmes furent entamés par le principe d'équité et purent donner des résultats moins injustes.

§ II. *Les obligations*

I. — *Appréciation de la responsabilité dans les obligations contractuelles.*

La lettre cédait peu à peu le pas à l'intention dans les relations juridiques, car on avait besoin de plus de justice et d'une proportionnalité plus équitable. Déjà Cicéron (*Brutus*, 53) avait dit à propos des testaments : « *aequum bonum, testamentorum sententias voluntatesque ... ; quanta esset in verbis captatio, cum in ceteris rebus, tum in testamentis,*

1. GAIUS, IV, 126-129.

2. Cf. par exemple : un cas cité par Julien, *D.*, IX, 2, 47 — et le cas d'une action intentée par un fou, *D.*, XLIV, 4, 16. Cf. *D.*, XLV, 1, 36 ; *D.*, XLIV, 4, 4, 15 : déjà dès le temps d'Auguste on avait appliqué cette exception dans quelques cas, mais c'est surtout au III^e siècle que l'idée a été généralisée (CUG, *Manuel*, p. 867).

si negligerentur voluntates ». Or la stipulation et les contrats de droit strict laissaient trop souvent place à la mauvaise foi. En s'en tenant strictement à la lettre du contrat et aux termes de la stipulation, on est souvent injuste en ne tenant aucun compte des faits qui peuvent affecter les conditions de formation du contrat (dol, violence) ou des événements pouvant modifier par la suite les rapports entre les intéressés. Aussi peu à peu, ces contrats de droit strict ne se trouvaient-ils plus en harmonie avec les besoins de la pratique. Si la stipulation persistait encore et était employée assez souvent, c'est qu'elle avait certains avantages de fixité et de sûreté, mais il a fallu l'intervention du prêteur et de la jurisprudence pour l'assouplir et y faire pénétrer quelques principes d'équité. En effet à côté de la promesse pure et simple, on était arrivé à sanctionner par des clauses pénales les promesses incertaines. Puis les Romains s'habituèrent à y insérer diverses clauses : ne pas se prévaloir d'habiletés malhonnêtes, être loyal dans les rapports, soumettre ses différends à un arbitre qui apporterait aux conflits une solution, en se conformant à « l'aequum »¹. « L'arbitrium » en matière de vente existait au milieu du VI^e siècle au temps de Sextus Aelius, avant l'apparition des contrats de bonne foi².

Mais la stipulation était insuffisante et manquait d'élasticité ; il a fallu créer d'autres formes d'engagements où l'équité aurait beaucoup plus de place. Les obligations pouvaient dès le temps de la République, naître d'actes non solennels mais qui manifestassent suffisamment la volonté des parties : accord de volontés ou remise d'une chose en vue d'atteindre un but économique : société, mandat, vente, louage, fiducie³. A l'époque classique, ces actes étaient sanctionnés par des actions civiles de bonne foi et le juge, comme nous l'avons vu, avait des pouvoirs très larges pour apprécier les rapports des parties. Il devait examiner les engagements « ex fide bona ». Cette bonne foi était sans doute « l'usage des honnêtes gens, l'usage suivi à

1. Cf. CATON l'Ancien, *De re rust.*, 144-150.

2. *D.* XIX, 1, 38, 1. — GIRARD, *Manuel*, p. 571 et suiv.

3. CICÉRON, *De off.*, III, 17.

Rome par les bons citoyens » mais c'était aussi la substance des devoirs (*officia*) établis par les philosophes et dont les règles devaient régir toute l'activité humaine. Or ces devoirs que recommandait Cicéron étaient l'équité dans les rapports qui bannissait toute feinte et toute simulation, et cet autre principe supérieur énoncé par Platon qu'il vaut mieux subir une injustice plutôt que de la commettre et qu'il vaut mieux être juste qu'être sage (leçon qui se dégagait des théories de Carnéade développées à Rome, devant un auditoire de Romains)¹. Enfin c'était la fidélité dans la parole donnée².

Ces doctrines trouvèrent écho dans la jurisprudence. Dès la formation du contrat, on se préoccupait déjà de l'équité. C'est pourquoi alors que l'erreur sur la substance n'était jamais prise en considération, ni dans la stipulation, ni dans le gage, dans la vente Ulpien réagit contre cette doctrine injuste et décida que l'erreur sur la matière dont la chose est formée, non seulement viciait la volonté, mais encore l'annulait et qu'il était donc équitable que le contrat tombât³.

Mais c'est dans la notion de responsabilité que les théories ont eu les plus heureuses applications. Au début, on envisageait uniquement l'inexécution de l'obligation, fait tout extérieur. On établissait un lien de causalité entre cette inexécution et le dommage causé au créancier, à la suite de quoi intervenait une condamnation contre le débiteur sans qu'on tînt compte de sa volonté ni des circonstances d'où pouvait résulter cette inexécution.

Cependant désormais il y eut un changement. La notion de faute fut la mesure générale de la responsabilité dans le droit romain privé parvenu à son plein développement et l'application complète de la notion de faute comme mesure de la responsabilité dans tous les rapports fut la grande œuvre de la jurisprudence classique⁴. D'ailleurs cette idée de faute est liée à celles de « *mala fides*, *dolus*, *culpa* » et « *mora* ».

1. Cf. *supra*, p. 35.

2. CICÉRON, *De off.*, III, *passim*.

3. *D.*, XVII, 1, 9, 2.

4. Cf. IHERING, *La faute en droit privé*, p. 24-25.

En somme le point de vue s'était déplacé ; la volonté, condition de la notion de faute, était devenue la source de la responsabilité. Or « l'idée de faute comme source de la responsabilité s'est développée lentement et peut-être par l'effet d'influences étrangères »¹. Celle de la philosophie grecque n'était certainement pas négligeable. Déjà Servius avait tenté d'atténuer la responsabilité objective dans les contrats, en introduisant notamment dans la stipulation « *damni infecti* » l'idée de force majeure. Originellement la ruine d'un édifice apparaissait comme un « *vitium aedificii* »² dont le propriétaire à qui on avait fait faire une stipulation « *damni infecti* » était responsable ; il était responsable même des dommages qui n'avaient pas été causés par le vice de l'édifice. Solution inique, qui fut corrigée par l'école servienne. Ainsi un texte d'Alfenus tranche nettement la question en faveur de l'équité³ : « Le propriétaire n'est pas responsable des tuiles qu'un vent violent a enlevées et jetées sur le toit du voisin de telle manière qu'elles ont cassé celles de ce voisin, si le vent avait été tellement violent qu'il eût abattu les édifices même les plus solides. « *Et quod in stipulatione est, sive quid ruet, non videri sibi ruere, quod aut vento aut omnino aliqua via extrinsecus admota caderet, sed quod ipsum per se concideret* ».

Mais cette notion de faute même a évolué, devenant une conception plus rationnelle et plus équitable. Primitivement la « *culpa* » était simplement le fait du débiteur d'où résultait l'impossibilité d'exécution. Mais plus tard elle prit le sens d'une atteinte à la justice accompagnée d'une intention blâmable ou tenant à un fait blâmable.

Cette conception pénétra d'ailleurs dans le domaine des obligations. Ainsi dans la « *Mora* » dominait à l'époque classique l'idée de faute. En effet pour qu'un retard dans l'exécution fût coupable, il fallait qu'il fut injuste : « Pour savoir, dit Pomponius, si quelqu'un est en demeure de rendre une chose qu'il doit, il faut examiner non seulement s'il la possède ou non, si c'est par sa mauvaise foi ou sans mauvaise

1. HUVELIN, *La notion de l'injuria dans le très ancien droit romain*, p. 386.

2. D., XXXIX, 2, 43 pr.

3. D., XXXIX, 2, 43 pr.

foi de sa part qu'il n'en est plus en possession, mais aussi s'il a eu de justes raisons d'être convaincu qu'il devait rendre cette chose à celui à qui il la devait »¹. La même idée de culpabilité s'applique au possesseur de bonne foi actionné en restitution : « qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere »². Les jurisconsultes parlent même de « mora inculcata », la distinguant ainsi du simple retard qui n'est pas nécessairement fautif³.

A l'origine, la « mora » reposait-elle sur l'idée de faute ? Non selon Pernice⁴. « Cette notion s'est introduite à une époque où l'on commençait à user d'indulgence envers ses débiteurs ; elle suppose en effet qu'un débiteur en retard n'est pas nécessairement en faute ; elle est étrangère à l'ancien droit. Aux premiers siècles le débiteur était à la discrétion du créancier. Il dépendait de celui-ci d'employer des moyens énergiques pour contraindre le débiteur à tenir sa promesse⁵.

« Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem »⁶. Le débiteur est en faute dès le début d'avoir opposé au créancier, à son interpellation une résistance injuste. Dès lors quoiqu'il puisse advenir il est responsable et il continue à devoir sa prestation. C'est là une solution équitable autant pour le créancier que pour le débiteur. Si le créancier ne doit pas supporter les conséquences de la mauvaise foi du débiteur, celui-ci n'a pas non plus à souffrir les conséquences d'actes qui ne lui sont pas imputables. L'introduction de l'élément intentionnel dans la notion de « mora » est un progrès considérable de la jurisprudence. Au fond l'idée de demeure repose sur celle de bonne foi. Quand l'intention est droite il ne peut pas y avoir faute. C'est pourquoi le simple retard ne constitue pas une faute et d'ailleurs dans les contrats de bonne foi, il est d'usage de laisser au débiteur une certaine latitude pour se libérer⁷. Le

1. D., XII, 1, 5.

2. D., L, 17, 63.

3. D., XXII, 1, 9, 1.

4. PERNICE, *Labeo*², II, 2, p. 146.

5. CUQ, *Manuel*, p. 607.

6. D., XLV, 1, 91, 3.

7. CUQ, *op. cit.*, p. 608.

souci de la justice a même empêché les jurisconsultes de se prononcer d'une manière absolue et de façon générale sur la question de savoir quand le débiteur est considéré comme en demeure, donc en faute : ainsi Antonin le Pieux décide, par un rescrit, que c'est là « plutôt une question de fait que de droit »¹.

Le créancier lui aussi peut-être en demeure : lorsque le débiteur le somme de recevoir le paiement de la dette, il commet une faute en refusant les offres². Ici encore l'idéal d'équité a atténué les solutions rigoureuses de l'ancien droit : originellement le débiteur pouvait se débarrasser de la chose en la jetant, mais le droit nouveau prescrit de la déposer plutôt en un lieu convenable³. Pomponius est même formel sur ce point (*D.*, XXXIII, 6, 8) : « Le débiteur peut être condamné s'il répand le vin que le créancier n'a pas voulu prendre ; il a la ressource d'intenter l'action de mauvaise foi contre le créancier qui refuserait de l'indemniser du tort qu'il lui a fait en refusant son vin ».

La responsabilité de l'impossibilité d'exécution résulte de la demeure du débiteur, mais elle peut résulter aussi de la faute du débiteur qui précisément a rendu cette inexécution impossible. Primitivement, le débiteur était en faute lorsqu'il avait fait un acte positif préjudiciable au créancier (faute positive) et non pas seulement lorsqu'il y avait eu une simple négligence (faute négative). C'était inique, car le créancier pouvait être frustré et il était mal défendu contre la mauvaise foi du débiteur. Le droit nouveau fit intervenir l'élément intentionnel dans l'appréciation de la responsabilité du débiteur. L'équité, avait déjà dit Aristote, consiste à regarder non à l'acte, mais à l'intention. Aussi, progressivement et notamment en matière d'obligations de bonne foi, fut-il admis que le débiteur est tenu non seulement des fautes de commission mais aussi des fautes d'abstention⁴. Or cette intention coupable du débiteur peut être appréciée

1. *D.*, XXII, 1, 32 pr.

2. Cf. GIRARD, *Manuel*, p. 692 et n. 4.

3. Voir *D.*, XVIII, 6, 1, 3 et les atténuations apportées au principe.

4. PERNICE, *Labeo*, II, 2, p. 62.

plus ou moins sévèrement ; elle admet des degrés ¹. Il peut y avoir une intention frauduleuse, donc entièrement mauvaise ou simplement une négligence (appelée « culpa » et qu'on oppose à la « diligentia »). Dans ce dernier cas, l'intention n'est pas mauvaise, mais tout de même fautive, car elle est consciente de ses devoirs et n'est donc pas pardonna-ble de ne les avoir pas accomplis. Avec l'intention frauduleuse ou la simple « culpa », la culpabilité change de degrés. Mais à cela ne se borne pas le travail de distinction fait par les jurisconsultes, qui tendait à mettre plus d'équité dans les rapports contractuels. En effet toutes les situations ne sont pas identiques et la culpabilité ayant en soi des degrés admet encore des degrés selon les rapports envisagés : une simple négligence est inoffensive dans certaines situations, alors qu'elle serait ailleurs une faute. C'est pourquoi on a réparti les débiteurs en deux catégories pour permettre d'apprécier plus équitablement leur responsabilité dans l'inexécution des obligations. Cette doctrine formulée clairement par Julien avait déjà été exprimée avant lui par Labéon, Alfenus Varus, Servius Sulpicius et même Q.-M. Scaevola ². Selon cette doctrine, le débiteur répond tantôt de son dol, et la simple faute ne lui est pas imputable, tantôt il répond à la fois de son dol et de sa faute. « Si quidem utriusque contractantis commodum versetur, etiam culpa ; sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur » ³. Ulpien développe ainsi le principe posé par Julien : « Dans le dépôt, le débiteur ne répond que de son dol. En effet, comme ce contrat ne procure aucun avantage au dépositaire, c'est avec raison qu'il n'est tenu que de sa mauvaise foi. Mais lorsque le contrat est avantageux aux deux contractants, comme dans la vente, le louage, la dot, le gage, la société, alors il répond de son dol et de sa simple faute » ⁴. Les contrats se répartissent ainsi en deux catégories : ceux qui sont dans l'intérêt du créancier seul et ceux qui sont à la fois dans l'intérêt du

1. Cf. D., XXX, 108, 12 ; L, 17, 23 ; XIII, 6, 5, 2.

2. D., XIX, 5, 20, 2 ; XIX, 2, 31 ; XIII, 6, 5, 2-3 ; XXX, 108, 12.

3. D., XXX, 108, 12.

4. D., XIII, 6, 5, 2. Cf. aussi L, 17, 23 ; Modestin, *Collatio*, X, 2, 1 ; D., XLVII, 2, 65, 5 ; XIX, 5, 17, 2.

créancier et celui du débiteur : les devoirs qu'on impose au débiteur sont évidemment en rapport avec sa participation aux affaires.

On a étendu à l'obligation de payer les legs et fidéicomis les règles sur la faute appliquées dans les contrats de bonne foi. Julien distingue si l'héritier ou le fidéicommissaire rend un service gratuit ou s'il est rémunéré de ses peines. Dans le premier cas, il est tenu de son dol, dans le deuxième, de sa négligence aussi ¹.

Cette théorie de la distinction du degré de culpabilité, devait se compliquer plus tard de l'assimilation de la faute trop grossière au dol (*culpa lata*, *culpa magna*) ².

La notion de faute même se compliqua vite d'une autre distinction. La « culpa » ou « negligentia », s'appréciait par rapport à la diligence moyenne d'un bon administrateur (*culpa in abstracto*) : « *Diligentiam .. quam debent homines frugi et diligentes praestare* » ³. Cependant le droit postérieur montrant encore plus d'indulgence, n'exige de certains débiteurs que la faute qu'ils ne commettraient pas dans leurs propres affaires : tel est le cas pour le mari débiteur de la restitution de la dot, pour l'associé, le communiste et le tuteur ⁴.

Cette théorie de la faute a entamé assez difficilement les obligations de droit strict. Ainsi un texte d'Ulpien déclare formellement que le débiteur en vertu d'une stipulation n'est tenu que de ce qu'il a promis. Si donc il a promis de transférer la propriété de l'esclave Stichus, il n'est responsable que s'il se met dans l'impossibilité d'exécuter sa promesse, par exemple s'il le tue ou l'affranchit, mais il n'est pas responsable de le laisser mourir faute de soin, « *quia qui dari promisit, ad dandum non faciendum tenetur* » ⁵. Toutefois s'il n'est pas tenu contractuellement, il est responsable

1. *D.*, XXX, 108, 12.

2. *D.*, XLIV, 7, 1, 5 ; XVII, 1, 8, 10 ; L, 16, 213, 2 ; *eod.*, 223 pr ; XVI, 3, 32. Beaucoup de textes concernant cette assimilation sont interpolés. Cf. GIRARD, p. 695, n. 1. En l'admettant, ceci montrerait en tous cas l'aboutissement d'une évolution partant de l'idée de faute comme source de responsabilité.

3. *D.*, XVIII, 6, 12.

4. Cf. GIRARD, *Manuel*, p. 696-697.

5. *D.*, XLV, 1, 91 pr.

de sa mauvaise foi et il est tenu de l'action de dol. C'est une compensation équitable introduite par la jurisprudence. En tous cas, il n'y a guère que cette stipulation de « dare » dans laquelle les principes soient observés si rigoureusement. En effet dans les « condictiones » résultant d'un enrichissement sans cause, le débiteur n'est en faute, s'il a détruit la chose et lorsqu'il s'agit d'un esclave, s'il la tué ou affranchi que s'il savait que cette chose ou cet esclave ne lui était pas dus¹.

Ces règles tiennent à l'équité, c'est pourquoi les jurisconsultes admettent bien qu'on puisse dans un contrat établir au préalable par convention qu'on ne sera pas responsable de sa négligence, mais il n'est jamais possible, car ce serait contraire à la justice, de s'exonérer de son dol, « Car, dit Ulpien à la suite de Celse, une telle convention serait contraire à la bonne foi qui doit régner dans les contrats², et c'est rompre d'une façon flagrante l'égalité dans les rapports.

En somme donc, le débiteur n'est en faute que lorsqu'il a commis une mauvaise action qui l'a mis dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, si les rapports sont uniquement dans l'intérêt du créancier : car du moment qu'il rend un service aucun devoir n'est à sa charge. Mais il est juste au contraire, lorsqu'il est intéressé au contrat, qu'il apporte à l'objet de l'obligation au moins le soin que la généralité des hommes apportent à leurs affaires : sinon, sa négligence cache en réalité une intention fautive ; il y a manquement à un devoir ; en tout cas, il serait injuste que le créancier en supportât les conséquences fâcheuses, si le débiteur n'a pas été plus diligent que ce qu'il aurait fallu normalement.

Pourtant, il est certains cas où les prévisions même d'un bon administrateur se trouveraient en défaut : c'est lorsque des circonstances extraordinaires ou bien des événements exerçant presque une contrainte ont surpris la diligence du débiteur. Ce sont les cas fortuits et la force majeure. Il y a force majeure (vis major, quam graeci θεοῦ βίαν,

1. D., XII, 6, 65, 8.

2. D., L, 17, 23.

id est vim divinam appellant, dit Gaius), quand il s'agit d'une force à laquelle il est impossible de résister et on cite : les inondations, une attaque faite par des ennemis ou des brigands, un naufrage causé par une tempête¹. S'il est vrai qu'on ne trouve pas de théorie générale de la force majeure chez les jurisconsultes romains, et qu'ils se sont bornés souvent à des décisions d'espèces, en se conformant aux besoins nouveaux², néanmoins, ces décisions se rattachent à une aspiration commune vers l'équité, et au travers de solutions on peut malgré tout distinguer deux points : les cas fortuits et la force majeure. Parfois les textes semblent confondre le cas fortuit avec la force majeure et ils citent pêle-mêle des exemples qui se rattachent à l'un et à l'autre³. Mais à regarder de près, il ressort que ces textes, appelés à poser un principe général sans avoir à distinguer ses applications dans des cas particuliers, donnent une dénomination générale qui cache deux séries de faits. Ainsi compris, le cas fortuit est plus large et comprend aussi la force majeure. Il y a cas fortuit lorsqu'on se trouve en présence d'un fait imprévu, non imputable au débiteur : une mort, un vol, une perte. Ce sont généralement les risques qui ne dépassent pas les forces humaines. La force majeure emporte la notion d'une certaine puissance matérielle irrésistible.

Dans certaines situations le débiteur est exonéré tout ensemble des cas fortuits et de la force majeure, souvent de la force majeure seulement. Ces solutions en apparence empiriques reposent en réalité sur une idée de justice distributive qui tient compte des circonstances et de la proportionnalité entre les intérêts des parties : on ne doit pas favoriser l'une au détriment de l'autre.

Ainsi le possesseur de mauvaise foi répond des cas fortuits, ce qui est juste car le créancier est privé de sa chose et sait-on si celle-ci n'aurait pas échappé aux cas fortuits si elle avait été entre les mains du créancier. D'ailleurs la mauvaise foi du possesseur entache toute sa conduite d'un

1. *D.*, XIX, 2, 15, 2 ; IX, 2, 29, 3 ; IV, 9, 3, 1.

2. VERNAY, *Servius et son école*, p. 283, n. 1.

3. *D.*, L, 17, 23.

certain caractère de culpabilité. C'est en tenant compte de ces considérations que Paul avec les sabinien estiment plus équitable, à l'encontre des proculiens, que le possesseur de bonne foi ne doit pas supporter les risques¹.

D'une manière générale le débiteur serait libéré des risques s'il fut parvenu à démontrer que la chose eût également péri, si elle avait été chez le demandeur, à condition toutefois que celui-ci n'alléguât pas qu'il aurait évité la perte en vendant la chose².

Ces solutions plus équitables sont venues adoucir la rigueur du droit ancien où la « custodia » pesait lourdement sur le débiteur : le débiteur se trouvait dans la nécessité absolue de prendre des mesures contre la perte ou l'endommagement possible de la chose, dans tous les cas. Ce droit était visiblement inique, en faisant supporter au débiteur la perte provenant d'un événement auquel il lui était impossible d'y mettre obstacle, et contre quoi sa diligence la plus attentive ne pouvait rien. Aucune faute ne pouvait être relevée contre lui (sauf le cas du possesseur de mauvaise foi, comme nous l'avons vu, chez qui la faute existe à l'origine) du moment qu'il avait pris toutes les précautions dont s'entoure le bon administrateur. C'est pourquoi il était plus juste que le point de vue de la « diligentia » prit la place de celui de la « custodia » dans les contrats et notamment dans les contrats de bonne foi. C'est d'ailleurs, ce qui s'est établi définitivement avec le droit classique³.

Le point de vue rigoureux persiste encore dans certains cas surtout dans quelques contrats spéciaux tels que le « receptum nautarum et cauponum » et le « depositum horrearum », dans le contrat du « fullo » et du « sarcinator »⁴. Tous ceux-ci sont responsables du vol et du dommage, quoiqu'ils n'aient pas reçu un salaire spécial pour la garde des objets qui leur ont été confiés, peut-être en vertu d'une convention tacite. Cependant Labéon a corrigé un peu ce qu'il y avait d'excessif dans cette solution en décidant que

1. *D.*, V, 3, 40.

2. *D.*, XVI, 3, 14, 1 ; *eod.*, 15, 3.

3. PERNICE, *Labeo*, ¹, II, p. 357.

4. *D.*, XIX, 2, 60, 2 ; IV, 9, 5, pr. et 1 ; *eod.*, 4 pr. ; XLVII, 2, 48, 1.

le capitaine du vaisseau, l'hôtelier et le dépositaire ne sont pas responsables d'un « *damnum fatale* » : ils sont donc libérés si l'impossibilité d'exécution vient d'une « *vis major* ». « *Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum, exceptionem dari* »¹.

Par contre, dans les autres contrats, l'application de la théorie des risques (dans la mesure où il y avait théorie pour les jurisconsultes) était tout à fait judicieuse et donnait pleinement satisfaction à l'équité. En principe lorsqu'on ne peut relever aucune négligence ou aucune faute à l'encontre du débiteur, les risques sont à la charge du créancier. En effet, il est certain que de tels accidents pouvaient aussi bien arriver au créancier lui-même si la chose avait été entre ses mains. Ainsi le vendeur est déchargé des risques dans la vente et l'acheteur seul doit supporter les conséquences des accidents fortuits, à condition toutefois que ce ne soit pas par un vice de la chose. Le vendeur est alors libéré de l'obligation de livrer la chose, mais l'acheteur créancier de la livraison doit lui payer la somme promise². Mais si la vente porte sur des choses qui se comptent, se pèsent ou se mesurent et qu'il s'agisse d'une quantité déterminée à prendre sur le tout, la vente n'étant parfaite qu'après que ces choses auront été mesurées, pesées ou comptées, les risques sont alors à la charge du vendeur³.

Le louage (*locatio rei* et *locatio operarum*) offre des particularités très curieuses qui montrent le travail fait par la jurisprudence pour y introduire la notion de force majeure et de responsabilité. A l'origine le locataire et l'entrepreneur devaient la « *custodia* » ; les risques pesaient sur eux, quelle que fût la cause d'inexécution de l'obligation⁴. Cependant il parut bientôt plus équitable de faire une distinction entre les risques ordinaires provenant d'un cas fortuit et la force majeure. Dans le premier cas les conséquences des événements fortuits retombent sur l'entrepreneur et le locataire,

1. *D.*, IV, 9, 3, 1.

2. *D.*, XVIII, 6, 13 (12) et 12 (11) ; XVIII, 5, 5, 2. Cf. *GAIUS, D.*, XVIII, 6, 15 : Distinction subtile des cas où il pourrait y avoir une faute implicite du vendeur.

3. *D.*, XVIII, 1, 35, 5 et 7.

4. *D.*, XIX, 2, 30, 1 ; *eod.*, 62.

du moins tant que l'ouvrage, en ce qui concerne l'entrepreneur, n'a pas été approuvé par le « locator », à moins toutefois que l'entrepreneur ne prouve que la perte était due au vice de la matière fournie par le maître ou à tout autre cause imputable à ce dernier ¹.

Mais si la chose s'est perdue par une force majeure c'est le bailleur et le « locator » qui doivent en supporter les conséquences. Le locataire a alors droit à une remise de son bail, lorsqu'il a été ainsi privé de sa jouissance ou que sa récolte a péri ².

La distinction est judicieuse : celui qui fait un bénéfice doit accepter aussi les risques normaux, mais il ne doit pas être chargé des événements purement extérieurs, revêtant un caractère anormal qu'il n'est pas possible, même à force de soins et de travaux, de prévoir, donc d'empêcher. Par contre, il est évident que les pertes provenant d'une maladresse de l'entrepreneur, parce que l'ouvrage exige des connaissances techniques, reste à la charge de l'entrepreneur : il y a une faute originelle ³.

La question des risques n'est bien qu'un corollaire de la question de la responsabilité ⁴. Celle-ci d'ailleurs est un aspect de la théorie de l'équité, qui recherche une plus juste appréciation des rapports.

II. — *La responsabilité délictuelle.*

« On ne peut pas punir également les maladresses et les délits », disait Aristote, « les maladresses sont les accidents qui pouvaient être prévus, mais qui ne supposent pas une intention malfaisante » ⁵. « Uti suum animum, non eventus considerat » ⁶, répète Cicéron. L'équité consiste donc à tenir compte de l'intention et non pas seulement des actes. Celle-ci va désormais jouer un rôle important dans le droit romain et notamment dans la théorie des délits. « Il s'agissait de remplacer le point de vue de la causalité externe du

1. *D.*, *eod.*, 62 ; 59 ; 37.

2. *D.*, *eod.*, 36 et 37 ; *eod.*, 15, 2 ; 25, 6.

3. *D.*, XIX, 2, 9, 5.

4. Cf. *CUQ*, *Manuel*, p. 461.

5. *ARISTOTE*, *Rhét.*, I, 13, 12-13.

6. *CICÉRON*, *De inv.*, II, 33.

fait, par celui de la causalité interne de la culpabilité. A première vue, celui-là est l'auteur et par conséquent responsable de son fait, qui l'a exécuté extérieurement. Dans la théorie des juristes romains (du droit nouveau), c'est celui auquel on peut l'imputer à faute. Ce n'est point le fait extérieur, c'est la causalité du fait dans la volonté humaine »¹. Mais cette conception ne s'est fait jour que peu à peu dans le droit romain. Ce n'est que peu à peu et sous l'influence de l'éthique grecque, que la notion de l'outrage (ὄργος : contumelia) contenu dans l'acte physique se dégage et vient à être considéré comme punissable en elle-même².

Originellement la punition était un acte de représaille contre un dommage subi. La culpabilité était attachée au fait extérieur : on punissait ainsi parfois des maladresses qui ne reposaient pas sur une intention coupable³. Par contre une intention coupable demeurerait impunie quoiqu'elle fût à l'origine d'une action d'où résultait indirectement un dommage : celui-ci devait en effet être causé « corpore corpori » : il fallait un acte matériel de l'agent, que ce dernier eût tué par exemple et non pas seulement occasionné la mort et que le dommage eût atteint directement la chose, et non pas seulement préjudicié au maître⁴. Il y avait là un résultat choquant, contraire à toute notion de justice.

Aussi le droit nouveau a-t-il réagi, faisant intervenir l'élément intentionnel dans l'appréciation de la responsabilité délictuelle. Ainsi la notion d'injure dès les derniers siècles de la République devint plus complexe⁵. Elle n'est plus seulement un acte matériel de violence commis contre une personne ou parfois exercé sur un esclave ou une chose d'autrui. L'injure peut être verbale et comprend les propos offensants, les chants diffamatoires (carmen famosum), les clameurs (convicium) proférées dans les rassemblements

1. IHERING, *La faute en droit privé*, p. 45-46.

2. Cf. HUVELIN, *Notion de l'injuria dans le très ancien droit romain*, p. 401-403. — VERNAY, *Servius et son école*, p. 228-229.

3. AULU-GELLE, XX, 2 ; « Si quis membrum ... alteri imprudens ruperit ».

4. Cf. *Inst.*, IV, 3, 16.

5. Cf. CUQ, *Dict. des Antiq.*, V^o Injuria. — Voir aussi le commentaire de GAIUS, III, 220. Cf. *Rhét. ad Herenn.*, IV, 25 : définition de « l'injuria ».

tendant à diffamer quelqu'un ou à le rendre odieux, et l'on ajoute les écrits diffamatoires (*libelli famosi*). L'injure comprend encore l'atteinte aux bonnes mœurs ou à la pudeur des femmes, des jeunes filles ou des jeunes gens¹. Le préteur donne l'action d'injures pour tout ce qui tend à nuire à la réputation d'autrui². Or sous quelle forme que ce soit, l'injure suppose une intention mauvaise (*contumelia*) : « cum enim injuria ex affectu facientis consistat ... »³. Donc le fou et l'impubère incapables de juger la portée de leurs actes ne commettent pas une faute. De même un geste fait par plaisanterie ou par jeu, une action accomplie par mégarde ou erreur ne peuvent être imputés à faute à l'argent⁴.

L'intention coupable dans les dommages indirects est aussi poursuivie dans les délits de la loi *Aquilia*. La jurisprudence nouvelle décide qu'il n'est plus nécessaire que le dommage ait été causé « corpore » : du moment qu'on a voulu faire du tort à autrui, on est coupable. Pour étendre la répression, les prudents entendent d'une manière plus large la notion de dommage pour permettre l'ouverture de l'action de la loi *Aquilia*⁵, et le plus souvent ils donnent une action « in factum » à la victime lorsque les termes mêmes de la loi empêchent d'en appliquer à certains cas le bénéfice⁶.

La jurisprudence étend la portée de la loi d'une façon très considérable en donnant une action utile pour toute blessure faite à un homme libre⁷.

L'élément intentionnel devient aussi un des facteurs constitutifs du vol : « *contractio fraudulosa rei alienae invito domino* »⁸, de même pour la « *Fraus creditorum* », l'intention mauvaise, la connaissance du caractère coupable

1. D., XLVII, 10, 15 ; eod., 9, 4 ; eod., 5, pr. 1 et 2 ; eod., 10.

2. D., eod., 15, 25.

3. D., eod., 3, 1.

4. D., eod., 3, 1-4 ; eod., 4. Voir les actions données par le préteur dans LENEL, *Edit perpétuel*, II, p. 131 à 137.

5. D., IX, 2, 7, 2 ; eod., 10 : « *Lusus quoque noxius in culpa est* » ; eod., 11 pr.

6. D., eod., 7 ; 8 ; 9 ; 11, 5 ; 29, 5.

7. D., eod., 13 pr. ; 5, 3.

8. Cf. A. DESJARDINS, *Traité du vol dans les principales législations de l'antiquité et spécialement dans le droit romain*, p. 92 et suiv.

de son action sont des conditions d'ouverture de l'action paulienne : « le consilium fraudis »¹.

La notion de « culpa » tend donc à changer de sens. Elle enrichit peu à peu son contenu objectif de la théorie nouvelle de la responsabilité subjective fondée sur la volonté mauvaise. Primitivement le mot « culpa » avait le même contenu que « noxia » : « Noxia, ut Servius Sulpicius Rufus ait, damnum significat, apud poetas autem et oratores ponitur pro culpa »². Il y avait seulement une idée de dommage objectif, sans mention de l'idée de faute.

Aux derniers siècles de la République la « culpa » s'oppose au « casus » et à la « vis major »³. Il n'y a pas faute lorsque le rapport entre le dommage et l'agent est très faible, à savoir lorsque ce dernier non seulement n'a pas l'intention de causer un dommage, mais même celle de produire un acte susceptible de l'occasionner. D'une manière générale donc, il y a « casus » quand le dommage ne peut ni être prévu ni évité⁴. L'intention coupable étant absente, les prudents décident que les « casus » ne peuvent donner lieu à une action contre l'agent. La même solution est appliquée lorsque l'acte dommageable a été commandé par la nécessité : il ne donne lieu à aucune responsabilité. Le capitaine de navire qui pour sauver le bâtiment et sa cargaison jette des marchandises à la mer, les matelots qui, pour dégager leur vaisseau poussé par la force du vent (donc sans qu'il y ait faute originelle à leur charge) sur les cordages retenant un autre vaisseau, coupent ces amarres, et de même celui qui coupe les filets de pêcheurs dans lesquels son bateau est embarrassé sans faute de sa part, le propriétaire qui détruit la maison en feu de son voisin pour protéger la sienne, ne commettent pas une faute : ils n'ont agi que contraints

1. D., XLII, 9, 15 et 17, 1.

2. FESTUS, V^o Noxia. — VOIGT, *Die Lehre vom Jus naturale aequum et bonum und Jus gentium der Römer*, III, p. 878 et suiv. et note 1390 et MOMMSEN, *Droit pénal*, III, p. 158, n. 6, admettent que l'idée de faute subjective se trouvait dans l'ancien droit. Cf. Discussion dans VERNAY, *Servius et son école*, p. 247 et suiv.

3. D., X, 3, 26 ; IX, 2, 52, 4.

4. D., IX, 2, 31 ; *cod.*, 29, 2 et 4.

par la nécessité, étant dans une situation dans laquelle ils se sont trouvés sans leur faute¹.

L'absence d'intention blamable empêche de considérer comme fautif le tort fait par un fou furieux ou un enfant en bas âge : « quae enim in eo culpa sit, dit Pégasus, cum suae mentis non sit ? »² Mais, par contre, toute faute délictuelle même très légère, du moment qu'il y a une intention mauvaise est punie : « In lege Aquilia et levissima culpa venit »³. « La raison de cette sévérité vient de ce qu'on était parti d'une sévérité plus grande et qu'on n'a apporté d'atténuation aux anciens principes que dans la mesure où l'exigeait l'introduction d'une nouvelle éthique et le souci de l'équité »⁴.

1. *D.*, *eod.*, 29, 3 ; XLIII, 24, 7, 4 ; IX, 2, 49, 1.

2. *D.*, IX, 2, 5, 2.

3. *D.*, *eod.*, 44 pr.

4. VERNAY, *Servius et son école*, p. 255.

CHAPITRE IV

LA THÉORIE DES CHOSES

Dans la vie juridique, les choses occupent une grande place et suscitent autour d'elles de nombreux problèmes souvent délicats et complexes. Ceux-ci sont cependant liés à d'autres problèmes d'ordre physique et métaphysique, et la solution de certaines difficultés juridiques dépend alors en grande partie d'une conception du monde que se fait le juriste. Quelle est la nature de la chose, son identité, son contenu ? Quand peut-on dire qu'elle a changé ? Jusqu'à quel point reste-t-elle la même chose tout en subissant de notables modifications dans ses parties ? Ce sont tout autant de questions dont la réponse éclairera les interprétations du juriste.

Or précisément à Rome, de tels problèmes n'étaient pas étrangers aux esprits cultivés. Déjà les penseurs de la Grèce depuis l'origine de la philosophie avaient étudié le monde et émis bien des théories cosmologiques. Trois grands systèmes seulement ont mérité pendant longtemps l'attention des esprits cultivés, savants, poètes, jurisconsultes : l'épicurisme, l'aristotélisme et le stoïcisme. Ceux-ci ont présenté leur thèse d'une façon plus cohérente et plus scientifique que les systèmes plus anciens et ils ont pénétré à Rome. Mais des trois, deux seulement ont inspiré les Romains dans leur élaboration doctrinale : l'aristotélisme et le stoïcisme. Le système physique d'Epicure a eu des adeptes et des admirateurs, mais il était un peu trop métaphysique, un peu trop éloigné de la réalité pratique pour pouvoir

être appliqué utilement dans des cas concrets, et peut-être, « était tenu à l'écart, traité en suspect à cause de ses tendances tant politiques que morales »¹.

Les philosophies aristotélicienne et stoïcienne ont donc agi plus ou moins sur les jurisconsultes qui leur demandaient une conception des choses, pour les éclairer dans certaines décisions. Cette influence a été certaine et apparaît manifestement dans maints endroits de leurs ouvrages : parfois elle n'a été que formelle, lorsque la philosophie leur a donnés des éléments pour colorer d'une teinte scientifique certains « responsa », souvent elle a été plus profonde, lorsque la théorie physique a été à la base de leurs décisions. Mais avant d'entrer dans l'étude de cette action décisive qu'a exercée la philosophie sur le droit romain, il convient, pour éclairer la question, d'exposer rapidement la théorie des choses d'après les systèmes péripatéticien et stoïcien.

Section I

La théorie des choses dans la philosophie antique

§ I. *Essence et existence des choses*

Aristote reprenant à peu près les mêmes principes que Platon mais les corrigeant dans un sens plus positif, place le réel, dans le général, le permanent, en affirmant que l'être qui nous est donné est le devenir : « Or² le devenir en tant qu'il existe, suppose nécessairement des principes non engendrés. Les apparences mobiles et fugitives qui tombent sous nos sens impliquent nécessairement des éléments permanents de l'existence actuelle. Or ces éléments sont au nombre de quatre : 1° une matière ou substrat, théâtre du changement, c'est-à-dire de la substitution d'une manière d'être à une autre ; 2° une forme ou détermination ; 3° une

1. E. VERNAY, *Servius et son école*, p. 93. — CICÉRON, *Ad. fam.*, VII, 2.

2. E. BOUTROUX, *Etudes d'histoire de la philosophie. Aristote*, 1897, p. 133-137. Le résumé de la doctrine péripatéticienne qui suit s'est inspiré de cette substantielle étude.

cause motrice ; 4^o un but. Ainsi les principes d'une maison sont le bois comme matière, l'idée de la maison comme forme, l'architecte comme cause motrice et l'habitation à réaliser comme but ». Or ces quatre principes peuvent à leur tour se ramener à deux : la matière et la forme qui comprend à la fois la forme, la cause motrice et le but. La forme (εἶδος) est ce qui fait de la matière une chose déterminée (τό δὲ τι) et réelle. Elle est pour ainsi dire l'âme de la chose, l'achèvement naturel de la matière ; c'est l'idée platonicienne cessant « d'être » par lui-même pour devenir immanente, pour ainsi dire incarnée.

Pour éviter toute confusion, il convient de remarquer que le mot forme a un sens spécial chez Aristote, qui est différent de celui de figure. Ainsi une main sculptée a la figure et non la forme d'une main, car elle ne peut pas accomplir les fonctions propres à la main.

Du reste l'opposition de la matière et de la forme est relative. Ce qui est matière à un point de vue est forme à un autre : le bois d'une table est matière par rapport à la table et forme par rapport au bois non coupé. La matière pour Aristote est cause de la multiplicité des espèces qui ne sont que des réalisations plus ou moins complètes d'un seul et même type, fourni par la forme. C'est pourquoi dès qu'une matière quelconque se trouvera groupée sous une forme, on aura un objet, peu importe d'ailleurs la nature de cette matière, qu'elle soit ou non tangible, visible, sensible. De sorte qu'on pourra avoir des « res corporeales » et des « res incorporeales »¹.

Cette matière pourra d'ailleurs être unique ou multiple ; ce qui constituera l'objet, ce sera le concept unique (species ou nomen) qui informera cette matière unique ou multiple.

1. D'après LAFERRIÈRE, *L'influence du stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romains*, l'idée qui a inspiré la division des choses en corporelles et incorporelles est empruntée à la philosophie stoïcienne. (Cf. DIOGÈNE LAERCE, VIII, 140). Que cette théorie ne soit pas étrangère au stoïcisme c'est possible ; mais cette division des choses apparaît pour la première fois dans les *Topiques* de Cicéron (CICÉRON, *Top.*, 1 et 2), et l'on sait que cet ouvrage est inspiré d'Aristote et de l'aveu même de l'auteur est un résumé de l'ouvrage du même titre, de ce philosophe : il est très vraisemblable qu'elle est d'origine péripatéticienne (Cf. aussi VERNAY, *Servius et son école*, p. 99. — SOKOLOWSKI, *Die philosophie im Privatrecht*, p. 41).

A l'inverse d'Aristote qui place le réel dans le général, « Les stoïciens admettent seulement des corps, c'est-à-dire des êtres entièrement distincts les uns des autres par leur essence et leurs qualités, individus isolés les uns des autres. Ils veulent trouver la raison de l'existence et de la nature de cet individu dans l'intimité du corps lui-même et non plus dans une cause agissant de l'extérieur sur une matière préalablement donnée, telle que la participation à une idée (Platon) ou la tendance à réaliser une fin (Aristote) »¹. Or « tout être est le résultat de deux principes : un principe actif qui est la raison de son unité et un principe passif, matière inerte sur laquelle s'exerce l'activité de l'agent. Chaque être individuel résulte de l'information de la matière par un agent qui la pénètre et en maintient les parties »². Chez Aristote les deux éléments, matière, forme, sont individuellement distincts, tandis que pour le stoïcisme, principe actif et principe passif sont deux principes inséparables dans la formation d'un être unique. Du reste ils sont tous les deux conçus comme matériels : la matière est un corps étendu dans l'espace et résistant ; l'agent actif est aussi un corps³.

Mais l'unité de chaque individu corporel n'est pas due à une simple juxtaposition des parties, mais à une force interne, à un *πνεῦμα* dont l'action appelée *τόνος* (tension) consiste dans la force qui retient les parties de l'être et les empêche de se dissocier⁴.

Le principe actif, conçu donc sous la forme matérielle est un corps plus subtil : les degrés de sa subtilité forment la diversité des objets. Aux choses inanimées appartient l'*ἕξις* (habitus) principe le plus faible, aux plantes la *φύσις* (natura), la *ψυχή* (anima) aux animaux et la *λογική ψυχή* aux animaux raisonnables.

1. BRÉHIER, *Chrysippe*, p. 109.

2. BRÉHIER, *Chrysippe*, p. 116.

3. ARNIM, II, 115 (*Stoic. vet. fg.*). — II, 306.

4. ARNIM, II, 147. Cf. La théorie du « courant d'air » rapportée par EMERTON (*Arch. giur.*, t. XXXVIII (1887), p. 153 n. 2) : « Toutes les caractéristiques qui distinguent un objet d'un autre sont produites par l'existence de certains courants d'air qui émanent du centre de l'objet, se répandent jusqu'à ses limites extérieures et retournent au centre en formant l'unité interne ».

Ainsi donc la chose est une fraction de la matière en général détachée du reste et délimitée par une âme qui lui donne son individualité. Nous avons un σῶμα ἡνωμένον, si la matière est unique ou plus exactement (d'après la conception stoïcienne) si elle est contenue, parcourue « uno spiritu ». Un corps composé d'un assemblage d'autres corps hétérogènes (comme un navire, une maison) appelé συννημένον, est la réunion [des autres σῶματα par cohésion ou adhésion et cet assemblage est informé par une ἐξίς indépendante de chacun des composants¹. Une troisième catégorie de corps est constituée par ces collectivités (corpora ex distantibus — σώματα ἐκ διεστώτων) que les stoïciens considèrent comme une chose unique informée par une âme commune, force ou instinct qui pousse les individus et ces collectivités les uns vers les autres ; de la sorte, malgré la pluralité des individus ce corps collectif forme un tout. « Nullum bonum putamus esse quod ex distantibus constat, uno enim spiritu unum bonum contineri et regi debet »², observe Sénèque.

La philosophie stoïcienne distingue ainsi trois espèces de corps : corps simples, corps composés et corps collectifs. Mais leur existence est subordonnée à l'idée d'un souffle intérieur qui en unit les diverses parties, tandis que pour Aristote il n'existe que des corps simples et collectifs, déterminés par l'existence d'une forme, d'un concept unique.

§ II. Contenu et limites des choses.

Pour Aristote un objet naît d'une matière informée par un concept ; les limites du concept sont donc aussi celles de l'objet. Il suffira ainsi de déterminer l'essence d'un concept pour connaître du même coup le contenu d'un objet informé par lui. Quant aux objets appartenant à un autre à titre d'accessoire perpétuel, ils appartiennent à son essence et par là rentrent dans son concept, formant avec lui un seul et unique objet. Ainsi la voile entre dans l'idée du

1. Cf. GOPPERT, *Ueber Einheitliche. Zusammengesetzte und gesammmentsachen nach. Roemischen Recht*, p. 46.

2. SÉNÈQUE, *Ep.*, 102. — GOPPERT, *op. cit.*, p. 7-13 et 50-51.

navire et fait partie du navire, tandis que la barque qui suit un navire ne fait pas partie de celui-ci, car elle est du même genre et qu'une espèce ne peut contenir une espèce du même genre ¹.

D'après cette même doctrine, la plante qui pousse sur le sol n'est qu'un accroissement de ce sol. Sa composition est la même et c'est le sol sous un autre aspect. C'est pourquoi tant qu'un arbre n'a pas pris racine, entre lui et l'arbre il y a un lien tout extérieur, mais s'il y a communication, entre eux et si les racines puisent leur nourriture dans le sol, leur nature devient la même, et ils ne forment plus qu'une même « species » ². Il en est de même d'un immeuble (une terre par exemple) accru par des rapports successifs et insensibles : on a un tout de même nature et qui ne change pas le concept de l'objet.

Pour les stoïciens, ce qui importe, c'est la liaison matérielle ; ils considèrent donc l'objet s'étendant aussi loin que la matière. De la sorte, une maison par exemple, comprend aussi les bas-reliefs et les statues fixées à demeure ; de même une horloge fixée au mur appartient à la maison. Seule compte pour le Portique la séparation physique et dans le concept stoïcien la délimitation joue un rôle prépondérant.

§ III. *Changements des choses*

Le dualisme des principes, qu'il s'agisse de la conception aristotélicienne ou stoïcienne, soulève un autre problème : quel effet attribue-t-on, relativement à l'identité d'un objet, aux changements qui l'affectent ? Reste-t-il le même, ou devient-il un autre objet ? Quelle part revient à la forme ou au principe actif et quelle part à la matière ou principe passif, dans la détermination des éléments composants ?

D'après Aristote, le mouvement ou changement est « la

1. Cf. VERNAY, *Servius et son école*, p. 105, n. 1. — SOKOLOWSKI, *Die philosophie im Privatrecht*, p. 39-41 et 332-334. — D., XXI, 2, 44 ; XXXIII, 7, 29.

2. Cf. VERNAY, *op. cit.*, p. 112. Les fruits dans cette conception ne sont aussi qu'une partie, un accroissement de la plante. Quand ils sont séparés ils prennent une nature indépendante et cessent d'appartenir à l'essence de la plante. ARISTOTE, *De gen. et corr.*, I, 5.

réalisation d'un possible »¹. Il y a quatre espèces de changements : 1° le changement substantiel qui consiste à naître et à périr ; 2° le changement quantitatif : c'est l'augmentation ou la diminution ; 3° le changement qualitatif ou passage d'une substance à une autre ; 4° le changement spatial ou déplacement.

Il y a transformation qualitative, quand une substance, sous l'influence d'une autre, se modifie dans son intérieur. Le changement d'une substance en une autre n'est pas un simple déplacement mécanique où les éléments demeurent identiques à travers le changement : c'est vraiment la formation d'une substance nouvelle.

Or quand une substance quelconque s'est transformée de telle sorte qu'elle se trouve sous un concept nouveau, ou quand deux ou plusieurs substances sont mélangées de telle sorte qu'elles donnent naissance à un concept nouveau, Aristote décide qu'il y a une « species » nouvelle, donc un objet nouveau². Pour les stoïciens au contraire, la matière reste toujours la même, mais elle est désormais limitée autrement.

Et si par hasard dans la combinaison de deux substances, l'une d'elles disparaît et est absorbée dans l'autre, elle devient matière pour celle-ci, qui lui impose sa forme ou sa délimitation.

Le changement qualitatif ne présente pas pour les stoïciens de difficulté ; en effet toute qualité est un corps³. La présence ou l'absence des qualités n'affectent en rien l'être qui les possède ou non. Il en serait autrement si l'individu était considéré comme la pure collection de ces qualités ; or c'est ce que nie Chrysippe⁴.

A la théorie de l'action qualitative des corps les uns sur les autres est liée celle des mélanges (particulièrement alliage des métaux et composition des liquides). Aristote ne voit qu'un seul cas de mélange : l'union, avec altération, des choses mélangées (μῖξις) ; c'est le cas par exemple de

1. BOUTROUX, *Etudes d'histoire de la philosophie*, p. 143 et suiv.

2. ARISTOTE, *De gen. et corr.*, I, 10, 2.

3. DIOGÈNE LAERCE, VII, 55 ; *Vet. st. fg.* (ARNIM), II, 43.

4. Cf. BRÉHIER, *Chrysippe*, p. 111 et suiv.

notre combinaison chimique. Mais il rejette cette autre forme de mélange qui est faite de la juxtaposition des particules¹. Chrysippe distingue deux cas de mélange : tantôt il y a altération des deux substances (σύγχυσις), tantôt les deux substances se pénètrent et s'étendent l'une à travers l'autre en gardant chacune leurs propriétés spécifiques : ainsi l'eau et le vin mélangés entre eux (μῖξις, παράθεσις ou κρᾶσις)². Ce dernier mélange laisse les corps qualitativement intacts et n'a d'autre effet que d'en augmenter les proportions : il y a permanence de la qualité, tandis que dans la σύγχυσις, les qualités disparaissent. Dans ce mélange avec confusion et altération des composants, dans la mesure où il y aura une matière nouvelle, pour le stoïcisme il y aura un objet nouveau, et dans la mesure où il y aura un concept nouveau, il y aura un objet nouveau pour l'aristotélisme. Les deux systèmes sont donc bien près de se rejoindre et dans la pratique se rejoignent le plus souvent.

Section II

La théorie des choses et ses applications dans la jurisprudence

A la suite des philosophes, les jurisconsultes reproduisent dans leurs ouvrages la division des choses, telle qu'elle résulte de l'enseignement stoïcien : « Tria autem genera sunt corporum, écrit Pomponius, unum, quod continetur uno spiritu et graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia, alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se, cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium ; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta veluti populus, legio, grex »³. C'est bien

1. ARISTOTE, *De gen. et corr.*, I, 10, 7 et 12.

2. BRÉHIER, *Chrysippe*, p. 127. — OGÉREAU, *Essai sur le système philosophique des stoïciens*, p. 42.

3. *D.*, XL, 3, 30 pr.

une leçon stoïcienne, mais on peut voir dans cette classification une influence très nette de la doctrine péripatéticienne. Ainsi Pomponius élargit plus que l'enseignement du Portique la conception stoïcienne des « corpora ex distantibus » (σώματα ἐκ διεστώτων) : il les définit comme des « corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, » groupement de plusieurs objets sous un seul « nomen », c'est-à-dire un même concept : c'est attribuer ainsi à la forme toute valeur pour la détermination d'une chose, tandis que pour le Portique, ce qui fait l'unité de ces groupements, c'est le souffle qui unit les diverses parties dont se composent ces corps collectifs, l'âme ou l'instinct qui les pousse les unes vers les autres.

Cette déformation s'explique par la tendance des Romains vers l'éclectisme : les différentes thèses et notamment les enseignements d'Aristote et de Zénon se sont assez vite mélangés ; les jurisconsultes ont brouillé les principes transmis. D'ailleurs les différences de doctrines ont été peu à peu atténuées par certaines solutions de conciliation adoptées par les adversaires, les uns, partisans ou disciples des aristotéliens, les autres des stoïciens¹. Parfois cependant certains principes paraissent avec plus d'évidence et manifestent une influence prépondérante du péripatétisme ou du stoïcisme. Il est vrai que le stoïcisme acceptait souvent l'explication des faits naturels donnée par Aristote, dont le système apparaissait comme la synthèse la plus parfaite des connaissances de l'ordre physique. Quoi qu'il en soit, les principes philosophiques ont incontestablement servi de fil conducteur à la jurisprudence dans la recherche des solutions, notamment en ce qui concerne l'accession, la spécification, la confusion, les fruits.

Suivant l'enseignement péripatéticien, Alfenus Varus pose en principe que lorsque la chose reste dans la même espèce, elle est toujours censée être la même², de sorte qu'un

1. Voir pour les influences aristotélienne et stoïcienne sur la jurisprudence romaine l'étude substantielle de SOKOŁOWSKI, *Die philosophie im Privatrecht...*, ainsi que pour la preuve de l'inspiration péripatéticienne des Proculiens et stoïcienne des Sabinien. Voir aussi GOPPERT, *Ueber Einheitliche. Zusammengesetzte und gesammmentsachen nach. Römischen Recht.*

2. *D.*, V, 1, 76.

navire est censé être toujours le même quand bien même il aurait été radoubé autant de fois qu'il n'y aurait plus une seule des anciennes planches, la preuve en est, ajoute le jurisconsulte, que selon l'enseignement des philosophes, les plus petites parties de notre corps se renouvellent et sont entièrement remplacées par d'autres au bout d'un an, sans que nous cessions pour cela d'être les mêmes individus. Donc pour les jurisconsultes de l'école péripatéticienne, les choses ne changent pas quoique les parties dont elles sont composées changent.

Mais qu'advient-il, si un objet s'incorpore à un autre ? (théorie de l'accession). Dans les textes classiques, le mot « accessio », désigne l'action par laquelle un objet s'unit à un autre. « L'accession se produit lorsqu'une chose s'incorpore à la chose d'autrui et en fait désormais partie intégrante »¹. Quelle que soit la thèse adoptée, aristotélicienne ou stoïcienne, le résultat ici est à peu près le même ; la conception aristotélicienne paraît cependant plus large : tout ce qui est compris dans le concept d'un objet fait partie de lui et Ulpien pose comme règle pratique : « ei ... cedit cujus major est species »². Le stoïcisme au contraire rattache à un objet une partie d'un objet semblable qui viendrait s'y ajouter quand elle y est retenue par le même souffle³ (uno spiritu continetur).

Prenons le cas de l'alluvion. Les « agri arcifinales »⁴, avoisinant les rivières, sans être limités (leurs limites suivent les modifications du cours des eaux), bénéficient de l'accroissement produit par l'alluvion et ils gardent leur individualité malgré cet accroissement. Un exemple curieux de cette règle nous est conservé par un texte d'Alfénus. Une terre située au delà d'un chemin public, d'un champ, d'une rivière, est enrichie par l'alluvion déposée par la rivière en débordant et en couvrant le champ situé entre elle et le chemin public, ainsi que le chemin public. Car l'alluvion déposée forme avec le fonds comme un seul tenant, de

1. CUQ, *Manuel*, p. 261.

2. D., XXXIV, 2, 19, 13.

3. D., VI, 1, 23, 5.

4. Cf. GIRARD, *Manuel*, p. 350.

sorte que la propriété s'étend même au champ placé au delà du chemin public : c'est qu'en effet le fonds et le champ sont reliés par l'alluvion et sont constitués « uno spiritu » : « Les accessoires survenus à un terrain par l'alluvion, dit Ulpien, sont de même nature que le terrain lui-même »¹. Il n'en est pas ainsi des accroissements provenant d'une île formée par une rivière : ici il s'agit d'une propriété nouvelle et non d'un véritable accroissement s'établissant « uno spiritu »².

En cas d'avulsion, un morceau de terrain qui se détache d'un fonds et s'ajoute à un autre, ne cesse pas d'appartenir à son propriétaire. Mais il appartient au nouveau fonds, quand il s'est uni à lui si intimement qu'il ne forme plus avec celui-ci qu'une seule masse : dès lors il rentre dans le contenu de cette nouvelle terre ; les deux matières n'en forment qu'une parcourue du même « spiritus » ; ainsi le pense Alfénus : « Ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit, nec *unitatem* cum terra mea fecerit »³.

Un problème connexe, la plantation, aura une solution semblable. Un arbre a été planté sur un fonds, l'arbre ne cesse pas d'appartenir à son propriétaire. Mais s'il a pris racine, il s'intègre au fonds sur lequel il a été planté et n'appartient plus à son premier propriétaire. C'est l'application de cette théorie péripatéticienne que la plante qui pousse sur le sol n'est qu'un accroissement de celui-ci. Donc quand l'arbre a pris racine sur un sol, il y a une communication intime entre ce sol et l'arbre ; car, dit Paul, il est probable que l'arbre a changé de nature en se nourrissant d'un suc différent⁴. Et l'arbre a si bien changé de nature que si par hasard il venait à être arraché de nouveau, il n'appar-

1. *D.*, XLI, 1, 38 ; VI, 2, 11, 7.

2. *D.*, VII, 1, 9, 4.

3. *D.*, XXXIX, 2, 9, 2. Cf. *D.*, XLI, 1, 7, 2.

4. *D.*, XLI, 1, 26, 1. Cf. *D.*, VI, 1, 5, 3. — Pour les mêmes raisons, les fruits pendants font partie intégrante du fonds, mais une fois séparés, ils forment une chose nouvelle et s'ils appartiennent encore au propriétaire c'est plutôt comme un prolongement de son droit de propriété (*D.*, XIX, 1, 40 ; VI, 1, 44 ; LXII, 8, 25, 6). Pour SOKOŁOWSKI, *Die philosophie im Privatrecht*, p. 468) : le fruit séparé est un objet nouveau, sans maître et soumis à l'occupation. Cf. VERNAY, *Servius et son école*, p. 113-115 et p. 113 n. 3.

tiendrait plus au premier propriétaire et resterait définitivement acquis au propriétaire du fonds sur lequel il a pris racine ¹.

C'est pourquoi un arbre placé sur le bord des deux terres, qui aura poussé une partie de ses racines sur chacune devient commun entre les propriétaires, appartenant à chacun en proportion de la place qu'il occupe sur chaque terrain ².

En matière de construction, le matérialisme stoïcien semble bien avoir inspiré les prudents. Tant qu'un objet quelconque est réuni à un autre dont il constitue l'accessoire, il perd son individualité pour n'être qu'une partie intimement unie à la nature de l'objet principal, en sorte que la propriété portant sur cet accessoire tombe. Mais si cet accessoire vient à être séparé, il recouvre son individualité et peut être revendiqué, tel est le principe adopté par Julien dans un cas de cette espèce : un locataire a mis des croisées et des portes dans la maison qu'il occupait ; le propriétaire les a fait ôter au bout de l'année. Elles peuvent être revendiquées, parce que les choses attachées et jointes aux édifices en sont bien l'accessoire tant qu'elles restent attachées mais elles reprennent leur première nature une fois séparées (nam quae alienis aedificiis connexa essent, ea quamdiu juncta manerent, eorumdem *aedificiorum* esse : simul atque inde dempta essent, continuo in pristinam causam reverti) ³.

Et si quelqu'un a bâti sur son terrain avec les matériaux d'autrui, il est censé être le maître du bâtiment, « quia omne quod inaedificatur solo cedit » ⁴. Cette règle est si absolue qu'elle ne peut être contrebalancée que par l'exception de mauvaise foi opposée au maître du terrain qui revendiquerait l'édifice sans vouloir payer les matériaux et les ouvriers, en supposant toutefois que le constructeur fût dans l'ignorance que le terrain était à autrui ⁵.

1. *D.*, XLI, 1, 26, 1.

2. *D.*, XLI, 1, 7, 3 ; *eod.*, 8.

3. *D.*, VI, 1, 59. Cf. aussi *D.*, *eod.*, 61 : même solution quand un navire a été réparé avec des matériaux d'autrui.

4. *D.*, XLI, 1, 7, 10. Cf. *D.*, XLIII, 18, 2 : Gaius justifie cette solution en faisant appel au droit naturel.

5. *D.*, *eod.*, 7, 12 et *eod.*, 9 pr.

La propriété des matériaux est suspendue, paralysée par le fait que leur individualité s'est perdue dans celle du sol. Mais si l'édifice vient à être détruit, les matériaux ne sont plus un accroissement normal du sol, et recouvrent leur individualité ; la propriété renaît ¹.

Dans de nombreuses applications de la théorie, faites par la jurisprudence au droit, l'idée de forme est très importante, à tel point qu'un changement quelconque dans le concept d'un objet peut modifier le contenu de cet objet et du même coup une situation juridique. Le réalisme conceptualiste d'Aristote a exercé ici une influence toute particulière. Voici d'ailleurs un texte d'Ulpien tout à fait caractéristique à ce sujet : « Si le testateur, dit-il, lègue l'usufruit d'un terrain et qu'ensuite il bâtit dessus, la chose a pris une nouvelle forme (rem mutari) et l'usufruit est éteint » ². Pour le matérialisme stoïcien au contraire, la matière étant demeurée identique, rien n'aurait été changé. Le matérialisme conceptualiste de l'école péripatéticienne voit dans le terrain bâti une forme nouvelle, différente de celle d'un terrain nu (area), donc il y a une chose nouvelle, et par suite l'usufruit s'éteint par la disparition de l'objet sur lequel il portait.

D'ailleurs Ulpien avec Julien pose en principe : « Rei mutatione interire usumfructum placet » ³. Ainsi, si on a légué à une personne l'usufruit d'une maison, celui-ci s'éteint si la maison vient à tomber ou à brûler. L'usufruit n'est plus dû sur les matériaux, puisque c'est une maison qu'on a léguée et non la matière dont elle est faite. Pour la

1. La propriété est-elle éteinte ou bien est-elle seulement paralysée ? Certains textes parlent d'un « prior dominus » (D., VI, 1, 23, 7) et semblent pencher pour la première thèse, d'autres considèrent la propriété comme paralysée (D., XLI, 1, 7, 10 : « Nectamen ideo is qui materiae dominus fuit, desiit ejus dominus esse ; sed tantisper neque vindicare eam potest »). Il semble que cette dernière opinion serait plus conforme à la thèse générale, car le propriétaire du terrain ne devient pas propriétaire des matériaux dans leur individualité, mais de l'édifice en tant qu'il s'est incorporé à son terrain ; donc la propriété des matériaux est momentanément absorbée et paralysée faute d'objet, les matériaux ayant perdu leur individualité propre. En notre sens cf. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 188 n. 13. — *Contra* : PERNICE- *Labeo*, II, 1 p. 317.

2. D., VII, 4, 5, 3.

3. D., VII, 4, 5, 2.

même raison un legs d'usufruit de vases tombe, si ces vases ont été réduits en masse, de laquelle on en a tiré de nouveaux ; « licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse, quorum ususfructus legatus sit »¹. C'est bien la même matière, parcourue par le même souffle (qualitas pristina) mais non la même « species » (εἶδος) quoique ce soit la même figure que précédemment.

A l'inverse, pourvu que la forme (species) demeure, la matière peut être changée totalement, on considérera toujours l'objet comme étant identique à lui-même. L'usufruit d'une maison s'éteindra si elle est détruite et remplacée par une autre ; mais l'usufruit persiste si le bâtiment a été réparé partie par partie, quoiqu'à la fin c'en soit un nouveau².

De telles solutions sont logiques, mais elles ne s'expliquent que par les principes tirés de la philosophie et de la physique. On peut aussi remarquer que la jurisprudence est loin de la casuistique empirique de l'époque antérieure.

Les mêmes principes se retrouvent, ainsi que les mêmes raisons de décider, quand deux choses de nature mobilière appartenant à deux propriétaires s'unissent pour en faire une seule. On considère comme principal ce qui l'emporte en importance : « mea res per praevalentiam, alienam rem trahit, meamque efficit »³. Mais la question de savoir de deux choses mobilières qu'elle est la principale soulève parfois des difficultés. En principe la chose qui donne au tout son essence et son nom est regardée comme la chose principale : ici la jurisprudence péripatéticienne ou stoïcienne aboutit au même résultat. Aussi Paul écrit : « Si quelqu'un a ajouté la chose d'un autre à la sienne de manière qu'elle fasse partie du tout, par exemple, s'il ajoute à sa statue un pied ou un bras appartenant à autrui, une anse ou un fond à sa coupe, des bas-reliefs à son chandelier, un pied à sa table, il devient propriétaire du tout, et plusieurs

1. *D.*, VII, 1, 36 pr. Cf. aussi *D.*, VII, 4, 10, 2 : terrain légué devenu marais et *D.*, *eod.*, 10, 3 : marais légué devenant terrain. *D.*, *eod.*, 10, 4 et 7 : ces solutions ne s'expliqueraient pas si on adoptait le théorie stoïcienne mais se justifient par le réalisme conceptualiste d'Aristote.

2. *D.*, VII, 4, 10, 1.

3. *D.*, VI, 1, 23, 4.

pensent qu'il a le droit de dire que la statue ou la coupe est toute entière à lui », et plus loin à propos du bras ajouté à la statue il écrit, en se conformant à l'enseignement stoïcien : « Si statuae meae brachium alienae statuae addideris non posse dici brachium tuum esse : quia tota statua uno spiritu continetur »¹. Les aristotéliens pourraient tout aussi bien dire que la forme de la statue comprend toutes ses parties et par conséquent un bras ajouté à la statue fait partie désormais de sa « species ».

Toutefois la partie ne s'incorpore absolument au tout qu'à la condition qu'il s'agisse de « ferruminatio », car dit Cassius, « Si statuae suae ferruminatio junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi » ; et dans ce cas le bras étant une fois acquis au maître de la statue, quand même il viendrait à en être arraché, ne retournerait pas à son ancien propriétaire, étant définitivement absorbé dans l'essence de la statue : « quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem ». C'est ce qui n'arrive pas si le bras est réuni à la statue par soudure (plumbatura), car le lien est alors tout extérieur, et le bras fait partie constituante de la statue tant qu'il y est réuni, mais le propriétaire du bras recouvrera le droit de la revendiquer s'il s'en trouve séparé² : ici il y a simplement *παράθεσις* au sens des stoïciens, simple juxtaposition des surfaces, tandis que dans le premier cas, il y a *κρᾶσις*.

Sur la question de la confusion (quand il n'y a ni principal ni accessoire), la solution de la jurisprudence a été guidée encore par l'enseignement des philosophes. Selon Aristote, nous l'avons vu, le mélange est l'union avec altération des choses mélangées. Ces substances ne sont pas nécessairement détruites par le mélange, mais n'y restent pas non plus absolument les mêmes : ainsi le vin se mélange au miel pour former le « mulsum ». Les stoïciens admettent aussi la

1. D., VI, 1, 23, 2 et 5. Cf. D., XLI, 1, 26, 3 : La laine teinte ne change pas d'essence.

2. D., VI, 1, 23, 5. Sur la « ferruminatio » et la « plumbatura ». Cf. PAMPALONI, *Sopra il significato delle parole ferruminare et adplumbare nelle Pandette*, Arch. giur., XXIII, p. 223 et suiv. Cf. autres cas : D., XXXIV, 2, 29, 1 ; D., VI, 1, 23, 3 ; D., XLI, 1, 9, 1 et 2. — GAIUS, II, 78 : parchemin ou tablettes et « tabula picta ».

simple juxtaposition, par exemple le mélange du blé avec du blé. Dans le premier cas, la substance des deux choses s'est perdue et a donné naissance à une autre, nouvelle. S'élève alors une controverse : certains estiment que les propriétaires des choses disparues doivent suivre leur substance dans la chose nouvelle. Mais Pomponius et Ulpien plus logiques et se conformant plus strictement à la thèse péripatéticienne décident que les propriétaires n'ont plus de droit sur la matière nouvelle, car les substances primitives ont disparu et c'est une forme nouvelle qui a apparu, de sorte que c'est à celui qui l'a fait apparaître, au spécificateur qu'appartient le « *mulsum* »¹.

Mais si deux choses de même nature et appartenant à différents maîtres sont tellement mêlées et confondues qu'elles ne puissent être distinguées, ni séparées l'une de l'autre, la jurisprudence est unanime à admettre que le total appartient à chacun en copropriété². Ceci est logique. En effet il n'y a pas changement dans la substance, chacun conserve donc sa propriété, mais comme un obstacle matériel s'oppose à ce que les propriétaires puissent prendre ce qui leur appartient, il y a indivision, véritable indissolubilité comme pour deux liquides.

Mais lorsqu'une personne prend une chose appartenant à autrui et donne par son travail une forme nouvelle à cette substance (*speciem novam fecit*), par exemple en faisant du vin avec des raisins d'autrui ou un vase avec le métal appartenant à un autre, à qui appartient cette chose nouvelle ? C'est le problème épineux pour la jurisprudence de la spécification³. En cette matière l'influence de la philosophie se

1. *D.*, VI, 1, 5, 1. Même sens *GAIUS*, II, 79. *Proculus* et *Pegasus* sont d'un avis contraire et pensent que chacun reste propriétaire de ce qui lui appartenait avant la jonction (*D.*, XLI, 1, 27, 2).

2. *D.*, *eod.*, 3, 2. Tandis que s'il s'agit de deux masses de nature différente, il suffit de les séparer, chacun n'ayant pas cessé d'être propriétaire de sa portion qui ne s'est pas confondue « *et in pristinam materiam reduci solet* » (*D.*, XLI, 1, 12, 1).

3. Cf. C. FERRINI, *Bullettino dell' Istituto di diritto rom.*, II, 1889, p. 142-247. — *SOKOLOWSKI*, *Die philosophie im Privatrecht*, p. 69-111.

Une question est connexe à celle de la spécification : c'est celle de savoir quand on peut dire qu'il y a « *nova species* » : elle est très importante en matière de legs, car s'il y a « *nova species* », le légataire ne peut plus rien réclamer (*D.*, XXXIV, 2, 6, 1 ; XXII, 88, 1).

manifeste de façon très curieuse. Les jurisconsultes se sont partagés en deux camps (au moins jusqu'au II^e siècle de notre ère). Les proculiens suivant la doctrine d'Aristote tiennent compte uniquement de la forme : du moment qu'il y a forme nouvelle il y a un objet nouveau, qui a reçu un « nomen » nouveau et qui n'appartient plus au propriétaire de la matière première : le droit de propriété s'est éteint faute d'objet¹. La chose nouvelle appartient à celui qui l'a créée. Les sabinien au contraire pensent avec le stoïcisme que la matière est tout et qu'il faut en tenir compte principalement (*materiam et substantiam spectandam esse putant*)². Or cette substance n'a pas changé et la propriété doit donc subsister quelle que soit la forme donnée à la matière³.

Toutefois une opinion intermédiaire donna plus tard satisfaction au deux tendances philosophiques. Si la chose nouvelle peut retourner à sa première forme (par exemple un vase peut retrouver sa première matière d'or, d'argent ou de cuivre qui a été employée pour sa fabrication) c'est la solution stoïco-sabinienne qui prévaut : l'objet appartient au propriétaire de la matière. Mais si la chose nouvelle ne peut pas retourner à sa forme primitive, c'est la solution péripatético-proculienne qui l'emporte, car la matière primitive a bien disparu pour donner naissance à une autre forme (par exemple le raisin transformé en vin)⁴.

Ainsi les jurisconsultes romains raisonnaient et justifiaient leurs décisions par des principes puisés dans l'enseignement philosophique. C'est dans cet enseignement même qu'il faut chercher les raisons des progrès de la jurisprudence qui ne travaillait plus au hasard. Toutefois les prudents savaient aussi rester pratiques et corriger les solutions que la rigueur dialectique rendait injustes. Ainsi par exemple,

1. EMERTON (*Sulla terminologia stoïca nel diritto romano*, Arch. giur., 38, p. 151) considère à tort les proculiens comme étant les disciples des stoïciens : il attribue au stoïcisme la prépondérance accordée à la forme, notion qu'il faut plutôt rattacher à l'aristotélisme. En notre sens, Cf. GAIUS, II, 79. — SOKOLOWSKI, *Die philosophie im Privatrecht*.

2. GAIUS, II, 79.

3. D., XLI, 1, 7, 7 ; VI, 1, 5, 1.

4. D., eod., 7, 7 ; eod., 24.

en matière de revendication, le raisonnement les conduisait souvent à nier le droit de propriété appartenant à une personne sur une chose ; mais tout en adoptant la conséquence, ils corrigeaient l'iniquité de la décision en reconnaissant au propriétaire dépouillé une action utile. « De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant : nam si nondum coaluit, mea esse non desinet »¹. Le raisonnement conduisait à admettre que l'arbre qui, transporté sur le fonds d'autrui y a adhéré et a pris racine, cesse désormais d'appartenir à son propriétaire : donc celui-ci n'a plus sur lui de droit et ne peut le revendiquer (tandis qu'il a toujours la revendication possible, tant que l'arbre n'a pas pris racine : c'est ce qu'explique la dernière phrase du texte). Mais une telle conséquence que justifient les principes apparaissait aux prudents comme inique : aussi contrairement à ce qu'on attendait, décidèrent-ils de donner au propriétaire évincé, une action utile.

De même encore en matière de spécification et d'accession quand le propriétaire de la matière première a été évincé et qu'il ne peut pas intenter l'action « ad exhibendum » ou l'action en revendication, le prêteur lui accorde une action « in factum » : « in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est »².

On corrigeait aussi l'injustice de certaines attributions, reconnues nécessaires au point de vue logique, par des exceptions de dol, accordées à celui qui a perdu la propriété de la chose ou d'une de ses parties, et qui détient la chose totale, jusqu'à ce qu'il soit indemnisé de sa perte ou de son travail³. La philosophie a aidé au progrès de la jurisprudence mais celle-ci n'a jamais perdu de vue qu'elle devait s'adap-

1. *D.*, VI, 1, 5, 3. Cf. *D.*, XLI, 1, 7, 5 : au sujet d'un propriétaire dont la rivière a pris toute la terre pour se faire un nouveau lit, d'où elle s'est retirée ensuite dans son lit primitif, Gaius écrit : « non ... stricta ratione quicquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager, qui fuerat, desiit esse, amissa propria forma... Sed, vix est, ut id obtineat » et il corrige ainsi une décision logique mais trop dure.

2. *D.*, VI, 1, 23, 5.

3. *D.*, *eod.*, 23, 4. Cf. aussi *D.*, *eod.*, 38 ; XLI, 1, 7, 12.

ter à la vie juridique et non la bouleverser. Elle a encore aidé les prudents à élaborer des théories nouvelles en correspondance avec l'évolution des situations juridiques, notamment en ce qui concerne les « Universitates »¹. Aux « Universitates facti », formées de plusieurs choses corporelles distinctes (par exemple un troupeau), se sont aussi ajoutées les « Universitates juris » comme l'hérédité, comprenant des choses corporelles mais aussi des droits et des obligations et pour qui des raisonnements identiques conduisirent à peu près aux mêmes conclusions.

La philosophie stoïcienne, nous l'avons vu, reconnaît trois catégories de corps : corps simples, corps composés (ex contingentibus) et corps collectifs (ex distantibus). C'est dans cette dernière catégorie que rentrent les « Universitates ». D'après Sokolowski, tous les « Universitates facti » seraient des corps collectifs au sens des stoïciens, Göppert, plus près de la pensée stoïcienne, n'admet dans cette catégorie que les groupes d'êtres doués d'une âme commune (ἐρψυχῶν)². Les exemples que donne Pomponius (*D.*, XLI, 3, 30) supposent tous l'existence de cette âme commune : « populus, legio, grex ». En effet pour les stoïciens qui admettent la délimitation de la matière par un souffle interne, les corps collectifs ne sont pas formés par un rapprochement arbitraire, mais par une union résultant de l'instinct qui les pousse les uns vers les autres. Dans cette conception étroite, on laisserait de côté les corps composés de plusieurs individus qui ne pourraient avoir cet instinct d'union, cette âme commune, n'existant que chez les êtres conscients (animaux et hommes) : tels ces corps collectifs composés d'objets inanimés, cités par Cicéron : la « supellex » et la

1. Nous n'envisagerons ici que ces « universitates rerum distantium », issues des σώματα ἐκ διαστάτων de l'école stoïcienne, c'est-à-dire les choses collectives composées de plusieurs corps indépendants, mais constituées en une seule unité par leur destination commune, par exemple : un troupeau. Voir une excellente étude des « universitates » du point de vue de l'école servienne principalement dans E. VERNAY, *Servius et son école*, p. 127-153. Cf. aussi CUG, *Dict. des Antiq.*, V^e Universitas. — GOPPERT, *Ueber Einheitliche. Zusammengesetzte und gesammensachen nach Roemischen Recht*. — SOKOLOWSKI, *Die philosophie im Privatrecht*.

2. SOKOLOWSKI, *op. cit.*, p. 51. — GOPPERT, *op. cit.*, p. 49 et suiv.

« penus »¹; Paul énumère aussi le pécule, la garde-robe et l'argenterie.

Or qu'est-ce qui a pu faire admettre à ces auteurs l'existence d'une catégorie de choses collectives ne rentrant pas dans la conception stoïcienne ? Il faut certainement voir là encore l'influence aristotélicienne et celle du matérialisme conceptualiste se mélangeant à l'influence stoïcienne. Alfénus définit la « supellex » : « supellectilis eas esse res puto quae ad usum communem patrisfamilias paratae essent, quae nomen sui generis separatim non haberent »². Il admet donc pour la « supellex » une individualité « sui generis », indépendante de celle des objets qui la composent. Or ce qui assure ainsi l'unité de la chose, c'est le concept et la destination commune auxquels a été reconnu le pouvoir de donner vie à un objet distinct.

Ainsi grâce au conceptualisme aristotélicien, la notion de choses collectives s'est élargie; elle comprend tous les « Universitates facti », qu'on peut regarder comme des choses uniques, bien qu'elles soient composées de différents objets de nature diverse.

La reconnaissance des « Universitates » comme des corps ayant leur individualité propre, a pour conséquence importante de faire admettre l'identité d'une « Universitas » à travers les changements intervenus dans les objets ou individus dont elle se compose. Nous trouvons une affirmation très catégorique de cette idée chez Alfénus³. Des juges avaient été nommés pour se prononcer sur une contestation; quelques-uns d'entre eux, après avoir entendu la cause, en ont mis de nouveaux à leur place. Ce changement a-t-il changé l'état du jugement ? « Non modo si unus, répond Alfénus, aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eamdem, et iudicium idem quod antea fuisset, permanere ». Et ce n'est pas le seul cas, ajoute-t-il, où on voit une chose rester la même, quoique toutes les parties en soient

1. CICÉRON, *Top.*, 1 et 2.

2. *D.*, XXXIII, 10, 6.

3. *D.*, V, 1, 76; *D.*, XXX, 22 : Un troupeau demeure le même quoiqu'on y ait remplacé des animaux par d'autres et peut toujours être revendiqué quand bien même il ne resterait plus qu'un bœuf sur le nombre.

changées. En effet une légion est toujours la même quoique plusieurs de ceux qui la composaient soient morts et qu'on leur en ait substitué d'autres. Le peuple est censé être le même aujourd'hui qu'il était il y a cent ans, quoiqu'il n'y ait plus personne de ceux qui vivaient alors ».

Une autre solution, quoique ancienne, trouve sa justification dans cette notion de choses collectives. C'est la « vindicatio gregis ». Dans « l'intentio » de la formule au lieu de revendiquer chaque bête du troupeau en particulier, le demandeur revendiqua le troupeau tout entier, car dit Ulpien « gregis, non singula corpora vindicabuntur »¹. De sorte que l'animal d'autrui, mêlé au troupeau, suivra le sort de celui-ci, quitte cependant à être revendiqué par son propriétaire². Au dire de Gaius cette « vindicatio gregis » existait déjà sous les actions de la loi³, où l'on pouvait revendiquer un troupeau entier en produisant en justice un animal du troupeau. C'est tout de même un progrès de la jurisprudence que de pouvoir justifier logiquement une solution adoptée pour les besoins de la cause d'une façon empirique.

Mais dans bien d'autres cas les notions précédentes ont exercé une influence considérable, notamment en matière de legs, de stipulations et de ventes. La collectivité malgré la pluralité des objets matériels, étant un seul corps, il n'y a donc qu'une seule vente, un seul legs et une seule stipulation. C'est ce qu'affirme Paul, à propos du legs d'un troupeau : « grege legato, non potest quaedam sperni, quaedam vindicari; quia non plura, sed unum legatum est »⁴. Ceci résulte-t-il seulement de l'intention des parties comme l'affirme Göppert⁵ ? Nous ne le croyons pas; le texte de Paul pose le cas en général : « grege legato » ... et il n'en ressort pas que la volonté du testateur a été de léguer sous la condition expresse de n'en point séparer les éléments du

1. D., VI, 1, 1, 3.

2. D., *eod.*, 23, 5.

3. GAIUS, IV, 17.

4. D., XXXI, 2, 6; D., XLV, 1, 29 (Stipulation); D., XXI, 1, 34 pr. (Vente).

5. GOPPERT, *Ueber Einheitliche. Zusammengesetzte und gesammmentsachen nach Roemischen Recht*, p. 64-65).

legs. Du reste un texte d'Ulpien concernant l'unité d'une stipulation portant sur une collectivité, n'admet pas qu'on puisse faire une pluralité de stipulations : « si pecuniam quis, quae in conspectu est stipulatus sit, vel acervum pecuniae, non tot sunt stipulationes, quot nummorum corpora, sed una stipulatio; nam per singulos denarios singulas esse stipulationes *absurdum est*. Stipulationem quoque legatorum constat unam esse, quamvis plura corpora sint vel plura legata. Sed et familiae vel omnium servorum stipulatio una est. Itemque quadrigae aut lecticariorum stipulatio una est »¹. Or, reconnaître comme un principe qu'il est absurde et faux de dire qu'il y a plusieurs stipulations et de faire plusieurs stipulations, c'est reconnaître du même coup que l'intention des parties ne peut voir autre chose qu'une stipulation unique. Mais qu'est-ce que c'est que cette intention des parties « obligatoire », sinon la représentation d'une réalité : à savoir l'existence de corps collectifs ayant une individualité distincte et indépendante de celle de leurs composants. Et c'est ce qu'admet la jurisprudence ; les parties en se conformant à ces vues expriment plus que leur propre volonté et sont obligées de reconnaître une réalité.

La notion de collectivité est aussi très utile à un autre point de vue : celui de la validité des legs « per vindicationem ». Pour qu'un legs de cette sorte soit valable, il faut que le testateur soit propriétaire actuellement des biens qu'il donne au légataire, sauf cependant s'il s'agit de choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent. Dans ce cas il suffit que le testateur soit propriétaire de ces choses au moment du décès². La jurisprudence a peu à peu reconnu aussi une exception pour les choses collectives. C'est le cas du legs d'un pécule, des « mobilia » et de « l'instrumentum ». Or si on s'était attaché à la pluralité des objets dont ces collectivités sont composées, on aurait dû nier la validité de ces legs : car le plus souvent ces objets sont autres à la « diei cessio » que ceux que le testateur a eu en vue au mo-

1. *D.*, XLV, 1, 29 pr.

2. *GAJUS*, II, 196. — *ULPIEN, Reg.*, XXIV, 7.

ment de la confection du testament ; le contenu du pécule, des « mobilia » et de « l'instrumentum » a certainement varié. C'est donc que ces choses ont été reconnues comme des collectivités, qui ne perdent pas leur identité bien que leur contenu ait varié¹.

Ce legs d'ailleurs constitue un tout dont aucune volonté ne peut extraire une partie quelconque : la collectivité constitue un tout inséparable. Ainsi l'idée de pécule par exemple informe toute la matière dont se compose ce pécule : un cas proposé par Alfénus constitue une affirmation catégorique de ce principe. Un testateur a légué le pécule à un esclave qu'il a affranchi. Par une autre disposition, il a légué à sa femme toutes ses esclaves. Or une de ces femmes est comprise dans le pécule de l'esclave affranchi. Alfénus décide que cette esclave appartiendra à l'affranchi, peu importe d'ailleurs l'ordre des legs².

Toutefois il faut prendre garde de bien distinguer le contenu d'une collectivité, de manière que le concept puisse informer toute la matière du corps collectif. Car tout objet irréductible à ce concept ne fait pas partie de l'« universitas », mais existe en dehors de lui et échappe à son sort. C'est de cela que les jurisconsultes ont discuté à propos de la théorie de « l'instrumentum ». Paul pose en principe : « Instrumentum autem cujusque rei necesse est alterius generis esse atque eae quaequae sit ». C'est pourquoi il prend position contre Labéon et décide que si on achète un vaisseau « cum instrumento », la chaloupe n'est pas due, « etenim scapha navis non est instrumentum navis : etenim mediocritate, non genere ab ea differt »³. Il faut donc faire appel aux principes philosophiques pour déterminer le contenu des choses. Et c'est par rapport à ces principes qu'il faut envisager cette opinion d'Alfénus qui paraît au premier abord inexplicable : le legs de « l'instrumentum » d'un fonds ne comprend pas les esclaves attachés à ce fonds, car selon son avis, aucun être animé n'appartient au concept

1. *D.*, XXXIII, 8, 14 ; XXXII, 79, 1 ; XXXIII, 7, 1 ; *eod.*, 15 pr.

2. *D.*, XXXIII, 8, 15.

3. *D.*, XXXIII, 7, 29.

« d'instrumentum »¹. C'est que « l'instrumentum » est subordonné à la chose principale, à laquelle il est lié par un rapport de finalité. Or, d'après la philosophie antique, les choses d'un degré inférieur sont faites pour celles du degré supérieur, donc des êtres animés ne peuvent être subordonnés à des corps inanimés. Cette opinion est cependant propre à Alfénus. La jurisprudence admet en général que des esclaves attachés à un fonds sont compris dans « l'instrumentum » du fonds². Ici domine encore le conceptualisme péripatéticien : est contenu dans la notion « d'instrumentum » d'une chose tout ce qui sert à l'utilisation et au fonctionnement de cette chose, et on va plus loin encore en admettant que « l'instrumentum instrumenti » est encore compris dans « l'instrumentum » d'une chose³.

Parmi ces collectivités, les « Universitates juris », composées non seulement de choses corporelles, mais encore de choses incorporelles et qui comprennent des objets matériels et des droits, n'ont été reconnues que peu à peu par la jurisprudence comme étant des entités individuelles indépendantes de leurs composants. Si on n'a pas reconnu du premier coup une personnalité distincte à ces collections d'éléments disparates, c'est à cause de ces éléments disparates mêmes. D'autre part, à l'origine, la conception de la « res » était loin de ce qu'elle devait être plus tard⁴. D'ailleurs on ne distinguait pas, par exemple, le pécule de tel ou tel corps particulier⁵, et l'hérédité ne désignait pas des choses, mais seulement le droit de succéder au « de cujus » ; et le droit aux biens était la conséquence du droit à l'hérédité. Cependant peu à peu sous l'influence des doctrines philosophiques, l'idée d'un tout réunissant droits et choses se dégagea⁶. S'il est vrai qu'il appartenait aux jurisconsultes du Bas-Empire de tirer les ultimes conséquences de cette notion de collectivités et de faire de cette notion « d'Universitas

1. *D., eod.*, 12, 2.

2. *D., eod.*, 12, 2 et 6.

3. *D., eod.*, 12, 6.

4. Cf. VERNAY, *Servius et son école*, p. 140 et n. 1.

5. Cf. GOPPERT, *Ueber Einheitliche. Zusammengesetzte und gesammtesachen nach Roemischen Recht*, p. 111-113.

6. VERNAY, *op. cit.*, p. 147.

juris » même un principe d'explication¹, déjà cependant la jurisprudence classique avait eu une intuition de cette conception et en avait fait quelques applications. Ainsi la notion de pécule se dégagea bientôt et celui-ci devint un tout auquel se liaient les créances et les dettes : car il était admis que l'esclave pouvait recevoir valablement, après son affranchissement ou sa vente, le paiement de ses créances ou de ce qu'il avait déposé². Cependant la transformation ne s'est pas accomplie d'une façon complète, puisqu'il n'était pas admis qu'on pût revendiquer un pécule entier³. Mais pour le droit classique, le pécule était considéré comme le patrimoine de celui qui n'était pas « paterfamilias »⁴.

Quant au patrimoine, on peut voir une ébauche de la notion de corps collectif dans l'organisation de la « venditio bonorum ». Sans doute la présence nécessaire d'un « bonorum emptor » assimilé à l'héritier indique qu'on n'a pas atteint encore à l'idée d'une dette reposant directement sur le patrimoine. Toutefois le fait même de cette transmission du patrimoine formant un tout est déjà un acheminement vers une transformation plus nette et vers la conception d'une entité juridique, composée de choses corporelles et de droits tant actifs que passifs. C'est le résultat auquel on est parvenu avec le sénatus-consulte Trébellien de l'an 56 : pour la restitution de l'hérédité donnée par fidéicommiss, il n'était pas besoin de faire des transferts compliqués pour les choses corporelles et les obligations. Le fidéicommissaire était désormais « loco heredis » au lieu d'être « loco emptoris » : la simple convention de restitution intervenue entre le fidéicommissaire et le fiduciaire avait pour résultat de faire passer « jure praetorio » sur la tête du premier, à la fois la propriété des choses, les créances et les dettes⁵. Mais c'est reconnaître aussi que l'hérédité forme un tout composé de choses corporelles, de droits et d'obligations, qu'elle est une « Universitas juris ».

1. Voir BONFANTE, *La formazione scholastica della dottrina dell' universitas*, (*Rendic. del Rev. Ist. Lomb. di Sc. e Lett.*, sér. II, vol. 39, 1906, p. 277).

2. *D.*, XLVI, 3, 35.

3. *D.*, VI, 1, 56.

4. VERNAY, *op. cit.*, p. 147.

5. *D.*, XXXVI, 1, 1. — GAIUS, II, 253. — GIRARD, *Manuel*, p. 989-990.

La notion « d'Universitas juris » qui devait plus tard avoir une si belle fortune est donc encore un dérivé des doctrines philosophiques, et notamment de la théorie péripatéticienne de la chose : tout objet est l'union d'un concept et d'une matière quelle qu'elle soit. « L'Universitas » est une pluralité de choses répondant à une même idée. C'est encore à la jurisprudence philosophique que revient l'honneur d'avoir fait progressé le droit par ses innovations et ses théories.

CONCLUSION

A l'issue de ces études fragmentaires, il est permis de jeter un regard d'ensemble sur les développements précédents. La conclusion globale ne différera pas de celles qui ressortent de l'examen des diverses institutions de Rome ou des différentes parties de la science juridique, à savoir l'existence certaine d'une influence de la philosophie sur le droit romain et sur l'œuvre des jurisconsultes. Cette action favorisée par les événements et par l'état des esprits a commencé à se faire sentir dans les derniers siècles de la République, pour triompher avec le droit classique à l'époque impériale. Il nous semble l'avoir suffisamment établi. Nous avons exposé tour à tour les conceptions des philosophes, puis celles qui se sont fait jour dans les œuvres des prudents d'où sont sorties des règles dont l'esprit diffère sensiblement de celui du droit de l'époque antérieure. Si parfois cependant le rapprochement de deux séries de textes parallèles où circule la même pensée ne prouve pas suffisamment qu'il y ait eu influence de l'une sur l'autre, l'examen des conditions dans lesquelles se sont développées les conceptions que reflète l'ensemble des textes d'une des séries apportera un argument décisif. Il faut considérer en effet la tournure de l'esprit latin et les circonstances historiques à la suite desquelles elle tendait à se modifier. Peuple essentiellement pratique, les Romains étaient assez éloignés des spéculations philosophiques ; mais bientôt, Rome accueillit chez elle une foule d'étrangers parmi lesquels des savants et des philosophes grecs apportèrent à leurs vainqueurs la culture hellénique. A partir de ce moment, en toutes circonstances, les idées philosophiques rayonnèrent dans la cité. Des Romains s'adonnèrent eux-mêmes à ces études, et certains d'entre eux, à leur tour, répandirent par leurs œuvres ces connaissances ; mais manquant d'originalité ils

ne firent que commenter et développer l'enseignement de leurs maîtres. Au théâtre, dans la littérature, dans les écoles de rhétorique, ces idées nouvelles étaient sans cesse ressassées.

Quand donc nous trouvons dans les écrits des jurisconsultes romains des développements qui rappellent l'enseignement de la philosophie grecque ou latine, d'où pouvaient-ils venir, sinon de ces sources ? En admettant même que les prudents de l'époque classique aient eu d'eux-mêmes l'intuition de ces idées, cette intuition n'était-elle pas l'aboutissement d'une longue tradition ? En tout cas leur ressemblance avec l'enseignement philosophique prouve que les conceptions des jurisconsultes sont issues du même esprit de sagesse. De toute manière cet esprit de sagesse a modifié leur vision du monde. C'est pourquoi les solutions qu'ils ont proposées et l'action du préteur, étant conformes à cet état d'esprit nouveau, tout imprégné de philosophie, ont eu en définitive leur source dans la sagesse antique. On parle sans cesse d'un droit nouveau en contraste avec le droit ancien quoiqu'issu de lui : c'est certainement le seul cas où un droit cesse d'évoluer dans un sens donné pour suivre une tendance si nettement différente de celle que lui imprime son esprit originel. Plus tard le christianisme exercera sur le droit romain son influence, mais l'esprit de ce droit postérieur, dans son ensemble, ne diffèrera pas sensiblement de celui du droit classique ; et de même que les stoïciens de l'Empire étaient déjà à bien des égards des chrétiens, la jurisprudence classique, imbue d'aristotélisme et de stoïcisme peut être considérée comme le précurseur de la jurisprudence impériale imprégnée de christianisme.

Montpellier, le 21 novembre 1936

Vu : le Président de la Thèse,
Lucien GUENOUN.

Montpellier, le 23 novembre 1936

Vu : le Doyen de la Faculté de Droit,
G. MORIN.

Vu et permis d'imprimer :

Montpellier, le 24 novembre 1936.

*Le Recteur de l'Académie de Montpellier,
TAILLIART.*

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

SOURCES

I. JURIDIQUES

Corpus juris civilis, éd. « Stereotypa ».

I. *Institutiones*, rec. P. Krüger, 1872.

II. *Digesta*, rec. T. Mommsen, 1872.

III. *Codez*, rec. P. Krüger, 1877.

GIRARD (P.F.). — *Textes de droit romain*, 5^e éd., 1923.

HUSCHKE. — *Jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt*, Lipsiae, 1879.

LENEL (O.). — *Palingenesia juris civilis*, 2 vol., Lipsiae, 1889.

II. LITTÉRAIRES

ARISTOTE. — *Opera omnia*, Ed. Lagrange ; traduction Barthélemy Saint-Hilaire.

AUCTOR AD HERENNIIUM. — *In Ciceronis opera*, Ed. Nisard.

SAINT AUGUSTIN. — *Principia dialecticae*, Ed., L. Vivès, t. IV.

AULU-GELLE. — *Noctium atticarum*, libri XX, Ed. Nisard.

CATON. — *De agri cultura*, dans « *Les agronomes latins* », Ed. Nisard.

CICÉRON. — *Opera omnia*, Ed., Nisard ; Ed., Panckoucke ; collection des « Belles-Lettres » (G. Budé).

DIOGÈNE LAERCE. — *De clarorum philosophorum vitis, dogmatibus et apophlegmatibus*, l. X, r. Cobet, F. Didot.

DION CASSIUS. — *Historia romana*, 10 v., Ed. F. Didot.

DION CHRYSOSTOME. — *Orationes*, rec. L. Dindorfius, Ed. Teubner, 1857.

EPICTÈTE. — *Entretiens*, Ed. Didier.

Fragmenta philosophorum graecorum, 2 vol. rec. Mullach, Ed. Firmin Didot.

HORACE. — *Satires et Epitres*, Collection des « Belles-Lettres ».

JUVÉNAL. — *Satires*, Collection des « Belles-Lettres ».

LACTANCE. — *Opera omnia*, rec. Lebrun, 2 vol. 1748.

LUCAIN. — *La Pharsale*, Collection des « Belles-Lettres ».

LUCRÈCE. — *De natura rerum*, Collection des « Belles-Lettres ».

MACROBE. — *Opera omnia*, Ed. Nisard.

MARC-AURÈLE. — *Pensées*, Collection des « Belles-Lettres ».

MARTIAL. — *Epigrammes*, Collection des « Belles-Lettres ».

PERSE. — *Satires*, Collection des « Belles-Lettres ».

PÉTRONE. — *Le Satyricon*, Collection des « Belles-Lettres ».

- PLATON. — *Opera omnia*, Collection des « Belles-Lettres » ; Ed. Firmin Didot.
- PLAUTE. — *Théâtre*, Ed. Lefebvre, Traduction J. Naudet.
- PLINE. — *Naturalis historiae*, L. XXXVII, Ed. Nisard.
- PLINE (le Jeune). — *Epîtres*, Ed. Nisard.
- PLUTARQUE. — *Opera omnia*, Ed. Firmin Didot.
- POLYBE. — *Quae supersunt*, Ed. Firmin Didot.
- PORPHYRE. — *Introduction aux catégories d'Aristote*, Traduction Barthélemy Saint-Hilaire ; Ed. Lagrange.
- QUINTILIEN. — *Institutiones oratoriae*, Ed. Nisard.
- Scaenicae Romanorum poesis fragmenta*, rec. Otto Ribbeck, Lipsiae, 1871.
- SÉNÈQUE le PHILOSOPHE. — *Opera omnia*, Ed. Nisard.
- SÉNÈQUE le RHÉTEUR. — *Controverses et Suasoirs*, Ed. Garnier (Traduction Bornecque).
- STOBÉE. — *Eclogarum physicarum et ethicarum*.
— *Florilegium*, rec. A. Meineke, Ed. Teubner.
- Stoicorum veterum fragmenta*, rec. J. Arnim, Ed. Teubner, 3 vol.
- STRABON. — *Geographica*, Ed. Firmin Didot.
- SUÉTONE. — *Vies des douze Césars*, Collection des « Belles-Lettres ».
— *Grammaticis et rhetoribus*, rec. P. Robinson, Ed. Champion ; Collection des « Belles-Lettres ».
- TACITE. — *Annales*, Collection des « Belles-Lettres ».
— *Vie d'Agricola*, Ed. Hachette, 1881.
- TÉRENCE. — *Théâtre*, Ed. Garnier.
- Thesaurus linguae latinae*, Lipsiae, 1900.
- TITE-LIVE. — *Histoire*, Ed. Nisard.
- VALÈRE-MAXIME. — *Factorum dictorumque memorabilium*, Ed. Nisard.
- VARRON. — *De lingua latina*, Ed. Nisard.

OUVRAGES DE DOCTRINE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

- BAYET (J.). — *Histoire de la littérature latine*, Paris, 1934.
- CORNIL (G.). — *Droit romain. Aperçu historique sommaire*. Bruxelles, 1921.
- COSTA (E.). — *Corso di storia del diritto romano dalle origini alle compilazioni giustiniane*, 1901.
— *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustiniane*, Torino, 1911.
- CUQ (Ed.). — *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917.
— *Institutions juridiques des Romains*, t. I, *L'ancien droit*, Paris, 1891.
- DAREMBERG et SAGLIO. — *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, 9 vol., Paris, 1877 et suiv.
- GIRARD (P.F.). — *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., revue par F. Senn, Paris, 1929.
- KARLOWA (Otto). — *Römische Rechtsgeschichte*, 2 vol. Leipzig, 1885-1901.
- KRÜGER (P.). — *Histoire des sources du droit romain*, Traduction Brissaud, t. XVI du *Manuel des antiquités romaines* de MOMMSEN et MARQUARDT, Paris, 1894.

- LENEL (O.). — *Edit perpétuel*, Traduction F. Peltier, Paris, I, 1901 ; II, 1903.
- MOMMSEN (T.). — *Histoire romaine*, Traduction Alexandre, Cagnat et Toutain, 11 vol. Paris, 1863-1889.
- *Manuel des antiquités romaines*, Traduction sous la direction de G. Humbert, 17 vol. Paris 1887-1895.
- MURHEAD. — *Introduction historique au droit privé de Rome*, Traduction Bourcart, Paris, 1889.
- PICHON (R.). — *Histoire de la littérature latine*, 12^e éd., Paris, 1930.
- PUCHTA (G.F.). — *Institutionen*, 9^e éd., (r. P. Krüger), 2 vol. 1881.
- TEUFFEL (W.S.). — *Histoire de la littérature romaine*, Traduction J. Bonnard et P. Pierson, Paris, 1883.
- Vocabularium jurisprudentiae romanae jussu Instituti Savigniani compositum*, Berlin, 1894-1903.
- WINDSCHEID (B.). — *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 vol. 1906.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX

- ALÈS (Adh. d'). — *L'héritage de la pensée grecque*, les « *Etudes* », t. CLXXX, année 1924, p. 655-669.
- APPLETON (Ch.). — *Notre enseignement du droit romain, ses ennemis et ses défauts* (*Mélanges Cornil*), t. I, 1926, p. 41-79.
- APPLETON (H.). — *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir*, thèse, Droit, Lyon, 1894.
- BELOT (E.). — *Histoire des chevaliers romains*, thèse, Droit, Paris, 1872.
- BESANÇON (A.). — *Les adversaires de l'hellénisme à Rome pendant la période républicaine*, thèse, Lettres, Lausanne, 1910.
- BILL (A.). — *La morale et la loi. Etude préliminaire sur le problème de la loi dans la philosophie antique préchrétienne*, Thèse théologique, Strasbourg, 1928.
- BOISSIER (G.). — *Etude sur la vie et les ouvrages de M. T. Varron*, Paris, 1861.
- *Introduction de la rhétorique à Rome*, (*Mélanges Perrot*), 1902.
- *La religion romaine d'Auguste aux Antonins*, t. II, Paris, 1874.
- BONFANTE (H.). — *Res Mancipi et nec Mancipi*, 1888-1889.
- *L'origine dell' hereditas e dei legata nel diritto successorio romano*, (*Bull. del. Ist. di dir. rom.*, VI, 1891).
- BONFANTE (P.). — *La formazione scholastica della dottrina dell' Universitas*, *Rendic. del. Rev. Ist. Lomb. di Sc. e Lett.*, 1906. séc. II, V. 39.
- BORCHERT (L.). — *Num antistius Labeo Stoicae philosophiae fuerit addictus*, Vratislaviae, 1869.
- BORNECQUE (H.). — *Les déclamations et les déclamateurs d'après Sénèque le Père*, Lille, 1902.
- BOSSHARD (E.). — *Epictète dans Etudes sur le stoïcisme dans l'antiquité*, « *Revue de théologie et de philosophie* », Lausanne. 1929.
- BOULARD (L.). — *L. Salvius Julianus*, thèse, Droit, Paris, 1902.
- BOURGOIN (E.). — *Essai sur la distinction du cas fortuit et de la force majeure*, thèse, Droit, Lyon, 1902.
- BOUTROUX (E.). — *Etudes d'histoire de la philosophie*, Paris, 1897.
- BRÉHIER (E.). — *Chrysippe*, Paris, 1910.
- *Histoire de la philosophie*, Paris, 1926-1927.
t. II, *Période hellénistique et romaine*.
- *Théorie des incorporels dans l'ancien stoïcisme*, Paris, 1908.

- BRUGI (Biagio). — *Per il carattere scientifico della giurisprudenza* (Arch. giur., 1930, 4^e sér., t. XIX).
- BURLE (E.). — *Essai historique sur le développement de la notion de droit naturel dans l'antiquité grecque*, thèse, Droit, Lyon, 1908.
- CARCOFINO (J.). — *La basilique pythagoricienne de la Porte-Majeure*, Paris, 1927.
- CARDONA. — *Cicerone a la sua filosofia del diritto*, Palermo, 1877.
- CECI (Luigi). — *Le etimologie dei giureconsulti romani*, Torino, 1892.
- CHAIGNET (A.E.). — *La rhétorique et son histoire*, Paris, 1888.
- CHÉNON (E.). — *Etude sur les controverses entre les proculiens et les sabinien sous les premiers empereurs de Rome*, 1881.
- CITATI (A. Guarneri). — *En matière d'affranchissements frauduleux* (Mélanges Cornil, t. I, 1926).
- COLARDEAU (T.). — *Etude sur Epictète*, thèse, Lettres, Paris, 1903.
- COLIN (G.). — *Rome et la Grèce de 200 à 146 av. J.-C.*, Paris, 1905.
- CORNQUET (L.A.). — *Les attributions juridiques des pontifes*, thèse, Droit, Paris, 1894.
- CUCHEVAL (V.). — *Histoire de l'éloquence romaine depuis la mort de Cicéron jusqu'à l'avènement de l'Empereur Hadrien*, t. II, Paris, 1893.
- DELBOS (V.). — *Figures et doctrines de philosophes*, Paris, 1925.
- DENIS (J.). — *Histoire des théories et idées morales dans l'antiquité*, 2 vol., Paris, 1879.
- DESJARDINS (Albert). — *Traité du vol dans les principales législations de l'antiquité et spécialement dans le droit romain*, Paris, 1881.
- DESJARDINS (Arthur). — *Les devoirs. Essai sur la morale de Cicéron*, Paris, 1865.
- DUQUESNE (J.). — *Compte rendu des Studi Fadda, N.R.H.*, 1908, p. 266.
- DURUY (V.). — *Histoire des Romains depuis les temps les plus reculés jusqu'à la mort de Théodose*, 7 vol., Paris, 1870-1885.
- DUVAL (E. Jobé). — *La legis actio avec formule à l'époque de Cicéron* (Mélanges Cornil), t. I, 1926, p. 515-590.
- EMERTON. — *La terminologia stoica nel diritto romano* (Arch. giur., 1887, t. XXXVIII. Traduction italienne de G. Pacchioni) (in *The Law quarterly Review*, V. III, n° 9, 1887).
- EXNER (A.). — *La notion de force majeure*, Traduction Seligman, 1892.
- FERRERO (Guil.). — *Grandeur et décadence de Rome*, Traduction Urbain Mengin, 6 vol., Paris, 1908-1909.
- FERRINI (C.). — *Appunti sulla dottrina della specificazione* (Buletino dell'Istituto di diritto rom., t. II, 1889, p. 182 à 247).
- FLACH (J.). — *La bonorum possessio sous les empereurs romains depuis le commencement du II^e siècle jusqu'à Justinien exclusivement*, Paris, 1870.
- GAUDENZI. — *Lingua e diritto nel loro sviluppo parallelo* (Arch. giur., t. XXXI, p. 271).
- GÉNY (F.). — *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914.
- GIANNINI (A.). — *L'equità* (Arch. giur., 4^e s., t. XXI, p. 177-213 ; t. XXII, p. 44-84).
- GIRARD (P.F.). — *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, t. I, Paris, 1901.
- GLASSON (E.). — *Etude sur Gaius et le jus respondendi*, Paris, 1867.
- GÖPPERT. — *Ueber Einheitliche. Zusammenengesetzte und gesammten sachen nach Roemischen Recht*, Halle, 1871.

- HANBURY (H.G.). — *La position actuelle de l'équité dans le système juridique de l'Angleterre* (Bull. de la Société de législation comparée, t. LVIII, 1928-1929, p. 435-505).
- HINSTIN (G.). — *Les Romains à Athènes*, thèse, Lettres, Paris, 1877.
- HOFMANN (F.). — *Die Zahlenspielererei in der Einteilung der Digesten* (Zeitschrift der Savigny Stiftung, t. XI, p. 340 à 354.)
- HUVELIN (P.). — *Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain*, Lyon, 1915.
- *La notion de l'injuria dans le très ancien droit romain*, dans *Mélanges Ch. Appleton*, 1903.
- IHERING (R. von). — *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Traduction O. de Meulenaere, 4 vol., 2^e éd., Paris, 1880.
- *L'évolution du droit*, Traduction O. de Meulenaere, Paris, 1901.
- *La faute en droit privé*, Traduction O. de Meulenaere, Paris, 1880.
- *Histoire du développement du droit romain*, Traduction O. de Meulenaere, Paris, 1900.
- JANET (P.) et SÉAILLES (G.). — *Histoire de la philosophie*, dans *Manuel de philosophie*, Paris, 1887.
- JULLIEN (V.E.). — *Les professeurs de littérature dans l'ancienne Rome*, thèse Lettres, Paris, 1885.
- KALINDÉRO (J.). — *Droit prétorien et réponses des prudents*, Paris, 1885.
- LAFERRIÈRE (F.). — *L'influence du stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romains* (*Mémoires de l'Acad. des Sc. mor. et pol.*, t. X, 1860, p. 579-685).
- *La philosophie du droit* (*Mémoires de l'Acad. des Sc. mor. et pol.*, p. 561-578).
- LECRIVAIN. — *Le terme stoïcien « verecundia » dans la langue du Digeste*, N.R.H., 1890, p. 487.
- LE FUR (L.). — *Le fondement du droit*, (« *Les Lettres* », décembre 1925, p. 507).
- LEIST (B.W.). — *Die bonorum possessio*, 2 vol., 1844-1848.
- LEMONNIER (H.). — *Etude historique sur la condition privée des affranchis*, thèse, Lettres, Paris, 1887.
- LEPOINTE (G.). — *Quintus Mucius Scaevola. Sa vie et son œuvre juridique. Ses doctrines sur le droit pontifical*. Thèse, Droit, Paris, 1926.
- LERSCH (L.). — *Die sprachphilosophie der Alten*, 1838.
- LÉVY-BRUHL (H.). — *Prudent et Préteur*, R.H.D., 1926.
- LISCU (M.O.). — *Etude sur la langue de la philosophie morale chez Cicéron*, thèse, Lettres, Paris, 1930.
- LOISEL (A.). — *Vie de P.R. Rufus jurisconsulte stoïcien* (dans *Divers opuscles*. rec. Claude Joly, Paris, 1656).
- MARTHA (C.). — *Etudes morales sur l'antiquité. Le philosophe Carnéade à Rome*, p. 61-134. Paris 1883.
- MEISTER. — *De philosophia jurisconsultorum romanorum stoïca in doctrina de corporibus eorumque partibus*, 1756.
- MEYLAN (L.). — *Panétius* (dans : *Etudes sur le stoïcisme dans l'antiquité*, « *Rev. de théol. et de philos.* », Lausanne, 1929, p. 12-41.
- MICESCOU (D.N.). — *Essai sur la technique juridique*, thèse, Droit, Paris, 1911.
- OGEREAU (F.). — *Essai sur le système philosophique des stoïciens*, Paris, 1885.
- ORTLOFF (J.A.). — *Über den Einfluss der Stoischen philosophie auf die röm. Juris.*, 1797.
- OTTON (E.). — *De stoïca veterum jurisconsultorum philosophia*.
- PADELLETTI (Guido). — *Roma nella storia del Diritto* (Arch. giur., t. XII, p. 191-209).

- PAIS (E.). — *Histoire ancienne*, 3^e partie : *Histoire romaine, des origines à l'achèvement de la conquête*, Traduction J. Bayet, Paris, 1926).
- PAMPALONI (Muizio). — *Sopra il significato delle parole ferruminare ed adplumbare nelle Pandette* (Arch. giur., t. XXIII, p. 223-299).
- PASQUALI (G.). — *Summum jus summa injuria* (Rivista di filologia, 1927, p. 228-232).
- PERNICE (A.). — *M. Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I ; II, 1-2^e éd. ; II, 2-2^e éd. ; III, 1, 1873-1900.
- PICAVET (F.). — V^o Stoïcisme (dans la *Grande encyclopédie*, éd. Lamirault, Paris, 1885-1901, 31 vol.).
- RAGUSA (V.). — *Diritto ed Equità* (Arch. giur., 4^e sér., t. XX, p. 87-114 et 224-254).
- RAVAISSON (F.). — *Mémoires sur le stoïcisme* (Mém. de l'Acad. des Inscript. et Belles-Lettres, t. XXI, 1857, p. 1 à 94).
- REYMOND (A.). — *La logique stoïcienne* (dans : *Etudes sur le stoïcisme dans l'antiquité*, Rev. de théol. et de phil., Lausanne, 1929, p. 1 à 11).
- RICCOBONO (S.). — *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano* (dans *Mélanges Cornil*, II, 1926, p. 235-309).
- RIVIER (A.). — *Précis du droit de famille romain*, Paris, 1891.
- *Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain*, Bruxelles 1878.
- SALEILLES (R.). — *Ecole historique et droit naturel* (Rev. trim. de droit civil, 1902, p. 94).
- SANIO. — *Varroniana in den Schriften der Roemischen Juristen*, Leipzig, 1867.
- SCHNEIDER. — *Quaestionum de Servio Sulpicio Rufo jurisconsulto romano*, Specimen I, 1834.
- SENN (F.). — *De la justice et du droit*, Paris, 1927.
- *Les origines de la notion de jurisprudence*, Paris, 1926.
- SOHM (Rud.). — *Institutionen des roemischen Rechts*, 6^e éd., Leipzig, 1896.
- SOKOLOWSKI (P.). — *Die philosophie im Privatrecht.*, t. I, 1902, t. II, 1907.
- SPASSOJETVITCH (J.). — *L'analogie et l'interprétation*, thèse, Droit, Paris, 1911.
- STAHR. — *Aristoteles bei der Roemern.*
- TERRASSON (A.). — *Histoire de la jurisprudence romaine*, Toulouse, 1824.
- THAMIN (R.). — *Un problème moral dans l'antiquité : Etude sur la casuistique stoïcienne*, Paris, 1883.
- THIAUCOURT (P.). — *Essai sur les traités philosophiques de Cicéron et leurs sources grecques*, thèse, Lettres, Paris, 1885.
- VERNAY (E.). — *Servius et son école. Contribution à l'histoire des idées juridiques à la fin de la République romaine*, thèse, Droit, Lyon, 1909.
- VOIGT (M.). — *Die Lehre vom Jus naturale aequum et bonum und jus gentium der Römer*, Leipzig, 1856-1875.
- WALLON (H.). — *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, 3 vol. Paris, 1847.
- ZELLER (E.). — *Die philosophie der griechen in ihrer geschichtlichen Entwicklung dargestellt*, 5 vol. Leipzig, Traduction E. BOUTROUX et BELOT, Paris, 1877.
-

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

Accession, 204, 212.

Actions, — de bonne foi, 175-177, 179; — in bonum et aequum conceptae, 177-178; — d'injures, 192; — utiles, 79, 211-212.

Aequum et bonum, cf. Équité.

Aelius Gallus, 102.

Affranchis, 144-146.

Affranchissements, formes, 141-142; — irrévocabilité, 144; — sous condition, 142.

Agnatio, 155.

Alfenus Varus, Interprétation, 118-120; — sa philosophie, 54; — Théorie des choses, 204-205, 212, 214, 217-218; — de la faute, 184; — de la responsabilité, 181.

Alluvion, 204-205.

Analogie, cf. Interprétation.

Aquilius Gallus, 103-104.

Aristote : Esclavage, 136; — La justice, 126; — Logique, 84, 85-87; — Loi, 34, 124; — τὸ ἐπιεικὲς, 167-169; — Théorie des choses, 195-203, 207, 208, 209, 214; — — de la responsabilité, 190.

Avulsion, 205, 212.

Bonne foi, 170, 175, 179-180.

Brutus (Junius), 21, 99.

Callistrate, 119.

Carnéade, 33-35.

Casuistes, 19, 21, 99, 111-112.

Casus, fortuitus, 186-187, 189; — dans les délits, 193-194.

Caton l'ancien, 31, 35.

Celse, 119-120, 123.

Choses, division des —, 202-203; Modification des —, 203 et suiv.; — collectives, 213-220.

Chrysippe, 87, 126, 131, 135.

Cicéron, conception de l'art oratoire, 61-64; — de l'Équité, 163-167, 170;

— du jus, 130, 132; — de la justice, 124, 126-127; — de la loi, 134-135; — Esclavage, 136; — Famille, 146; — Fraude, 170-171; — Intention, 190; — Logique, 92-94, 97-98; — Ses maîtres et ses inspireurs, 27, 34, 35, 36, 37, 42-44; — Sa philosophie, 51-53; — Successions, 156, 159.

Classification, cf. Systématisation.

Cognatio, 155-157.

Comédie, 28-31.

Confusion, 209-210.

Constitutions de Marc-Aurèle sur l'affranchissement (entre 161-169), 141; — sur l'adjudication des biens héréditaires (entre 161-169), 142; — De Dioclétien sur vente des enfants (294 p.c.) 149.

Construction, 206-208.

Contrats, 179 et suiv.

Contubernium, 140-141.

Cratès de Mallos, 26.

Culpa, cf. Faute.

Custodia, 188-189.

Définitions du dol, 103; — du jus civile, 105; — de la tutelle, 104; — chez les philosophes, 85-86, 90, 92-94; — chez les jurisconsultes, 103-106; — Recueils de —, 101-103.

Dérivation, 97.

Dion Chrysostome, 59, 137, 154.

Division, 84, 86-87, 90, 113-115.

Dolus malus, 170-172.

Droit de correction, 148-149; — de vente des enfants, 149; — de vie et de mort, 146-147, 147 n. 1, 148 n. 4; — prétorien, 78-80.

Edits de Claude sur l'esclave abandonné, 138; — des édiles, 80 n. 1; — du préteur, 78-79.

Epictète, 59, 137.
 Epicuriens, grecs, 32, 43 ; — romains, 32, 39, 43, 50, 54.
 Epicurisme, à Rome, 31-32 ; — Théorie des choses, 195-196.
 Équité, 79-82 ; — conception, 162-174 ; — dans la procédure, 177-178 ; — dans la responsabilité, 190, 194.
 Esclavage, 136-141 ; — christianisme et esclavage, 136 n. 1.
 Esclaves, — au théâtre, 28-30 ; — dans la philosophie, 56-57 ; Pécule des —, 141 ; personnalité juridique des —, 140-141 ; protection des — 137-140.
 Étymologie, chez les juriconsultes, 106-111 ; — dans le Stoïcisme, 87-89 ; — chez Varron, 95-97.
 Exceptions, 177-178.
 Exhérédations, 160.
 Exposition des enfants, 57, 149-150.
 Famille, amélioration du droit de —, 146-155 ; — au théâtre, 30.
 Faute contractuelle, 180-186 ; — délictuelle, 190-194.
 Favor libertatis, 141-144 ; 145-146.
 Ferruminatio, 208-209.
 Fidéicommiss, affranchissements par —, 143 ; — hérédité, 219 ; — Théorie de la faute, 185.
 Florentin, 129, 133 n. 4.
 Force majeure, 186-187, 189-190.
 Fraude, 171-172.
 Gaius, — sa conception du jus, 128, 133 ; — Interprétation, 118, 121 ; — méthode scientifique, 110, 112, 115-117 ; — protection des esclaves 139 ; — successions, 156, 157, 160.
 Généralisation, 111-113.
 Honestum, 126-127 ; 164, 168.
 Injuria, 191-192.
 Instrumentum, 217-218.
 Intention, — base de la responsabilité, 178, 181, 183, 191-194 ; — dans l'interprétation, 119-120 ; 167-168, 170 ; — dans les actes, 144, 169.
 Interdit, 80 ; — de uxore exhibenda, 152.
 Interprétation, — grammaticale, 117-119 ; — littérale, 18-19 ; — logique, 119-122 ; — par analogie, 120-121.

Judicia bonae fidei, cf. Actions
 Julien (Salvius Julianus), 103 ; — droit de famille, 153 ; — interprétation, 121 ; — théorie des choses, 207 ; — de la faute, 184.
 Juriconsultes, améliorations apportées au droit : esclavage, 137-138 ; 140-146 ; — famille, 146 et suiv. ; — mariage, 153-155 ; — successions 155-161 ; — Doctrine du dol, 171 ; — de l'équité, 167, 173 ; — de la responsabilité, 180 ; — Œuvre scientifique des classiques, 100, 109, 113 ; — philosophes, 48-50, 54, 80-82 ; — Rôle dans la vie juridique, 80-81.
 Jus, conception du —, 126, 128 ; — civile, 128 ; — naturelle et — gentium, 128-134.
 Justice (Justitia), 123-135.
 Labéon, interprétation, 118 ; — sa méthode, 107, 108, 110, 112, 115, 116, 117 ; — sa science, 54, 109 ; — Théorie du dol, 172 ; — de la fraus, 172 ; — de la faute, 184 ; — des risques, 188-189.
 Legs, 216-217.
 Littérature, 25-26.
 Loi : N.B. u.c. urbe condita
 a.c. ante Christum
 p.c. post Christum
 — Aemilia (115 a.c.), 76 ; — Aquilia (entre les Douze Tables et le début du vi^e siècle u.c.), 192-194 ; — Attilia (entre 387 et 568 u.c.), 18 ; — Conception de la —, 134-135 ; — Cornelia de edictis perpetuis (687 u.c.), 78 ; — Cornelia de Sicariis (?) 138 ; — des Douze Tables : cf. Tables XII ; — Fannia (161 a.c.), 76 ; — Julia sur le mariage des enfants (180 a.c.), 151 ; — Licinia (104 a.c.), 76 ; — Oppia (avant 195 u.c.), 76 ; — Orchia (182 a.c.), 76 ; — Pétronia (19 p.c.), 138 ; — Poetelia (428 ou 411 u.c.), 8 ; — Pompeia, 147 ; — Vallia (entre le milieu du vi^e et premier 1/3 du vii^e siècle u.c.), 8 ; — Voconia (169 a.c.), 76.
 Manilius (M.), 21, 49, 99.
 Manus, 114.
 Marc-Aurèle, 59-60.
 Marcien, conception de la loi, 134-135 ; — Mariage des enfants, 151 ;

- Patria potestas, 148 ; — sa méthode, 108.
- Mariage, 57, 153-155.
- Méthode analytique, 111 ; — littéraire, 20-21.
- Métrodore, 33.
- Modestin, Interprétation. 120 ; — mariage, 154.
- Mora creditoris, 183 ; — debitoris, 181-183.
- Mucius Scaevola (P.), 21, 49, 99.
- Mucius Scaevola (Quintus P.M.), 22, 99-100 ; — Interprétation, 118 ; — méthode, 100, 101-102, 113, 115 ; — sa philosophie, 49, 102 ; — Théorie de la faute, 184.
- Mucius Scaevola (Q. l'augure), 38-39, 48-49, 102.
- Néo-Académiciens, grecs, 33, 37, 39, 40-41, 42-43 ; — romains, 35, 37, 40-41, 42-43, 50.
- Nigidius Figulus, 95.
- Obligations alimentaire, 145, 150-151, 153 ; — naturelle, 140.
- Officium patrum, 151 ; — pietatis, 160-161.
- Panaetius, 36, 37.
- Papinien, conception de la loi, 134-135 ; — méthode, 101, 102, 105, 112 ; — successions, 158.
- Paterfamilias, 146 et suiv., 153.
- Patrimoine, 219.
- Paul, conception du jus, 128 ; — droit de famille, 150, 154 ; — de successions, 155, 161 ; — interprétation, 119, 119, 121 ; — méthode, 102, 103, 104-105, 109 ; — Théorie de l'équité, 166, 170 ; — des choses, 205, 208, 214, 215, 217.
- Pécule, considéré comme universitas, 219 ; — de l'esclave, 141.
- Péripatéticiens grecs, 33, 37-38, 39, 41, 42 ; — romains, 39, 40, 41, 50.
- Plantation, 205.
- Platon, conception de l'équité, 180 ; — de la justice, 124 ; — de la loi, 34, 35 ; — Logique, 84 ; — Théorie des choses, 196.
- Plaute, 28-29, 76-77, 137, 163.
- Pline le Jeune, 156.
- Plumbatura, 209.
- Pomponius, conception du jus, 134 ; — droit de famille, 152 ; — esclavage, 140-141 ; — Interprétation, 118 ; — méthode, 108, 116 ; — Théorie de l'équité, 167 ; — de la mora, 181-182 ; — des choses, 210, 213.
- Possessio (bonorum), 157-158, 160.
- Préteur, 77-80.
- Proculiens, 176, 188, 211.
- Proculus, 118.
- Pythagoriciens grecs, 31 ; — romains, 31, 58.
- Pythagorisme à Rome, 26, 31 ; — conception de la justice et de la loi, 123-124, 130, 133.
- Raisonnement, 91, 97-98 ; 121-122.
- Ratio naturalis, 129, 132, 134, 153, 155 ; — civilis, 133.
- Res Mancipi et nec Mancipi, 111.
- Rescrits d'Adrien sur les mutilations infligées aux esclaves, 138 ; — sur les plaintes des esclaves, 138-139 ; — sur les tortures infligées aux esclaves, 140 ; — sur déportation d'un père trop sévère, 148 ; — d'Alexandre Sévère sur le jus vitae, 148 ; — d'Antonin sur l'obligation alimentaire, 150 ; — de Marc-Aurèle sur l'affranchissement fidéicommissaire, 143 ; — sur les différends entre maîtres et esclaves, 139.
- Responsabilité contractuelle, 180-190 ; — délictuelle, 190-194.
- Rhétorique philosophique, 61-64 ; — déclamatoire, 64-67.
- Risques, 188, 189.
- Rutilius Rufus, 49.
- Sabinien, 176, 188.
- Sabinus, 108, 110, 117.
- Scipion (Cercle de), 35, 49.
- Senatus-consultes, Juncianus (127 p.c.), 143 ; — Orfitien (178 p.c.), 158 ; sur l'affranchissement par fidéicommiss (?), 143 ; — sur la castration des esclaves (83 p.c.), 138 ; — sur la protection des esclaves devant les tribunaux (20 p.c.), 139 ; — Tertullien (entre 117 et 138 p.c.) 158 ; — Trébellien (56 p.c.), 219.
- Sénèque, conception de la justice, 126, 130 ; — droit de correction, 148 ; — l'esclavage, 137 ; — le philosophe, 58.
- Servius Sulpicius, interprétation 118 ; — sa méthode, 100, 104, 112, 115, 116, 117 ; — sa philosophie, 44 ; —

- théorie du dol, 172 ; — de la faute, 184.
- Socrate, conception de justice et de la loi, 124, 133 ; — Logique, 84.
- Spécification, 210-211.
- Stipulation, 179, 181, 215-216.
- Stoïciens grecs, 33, 36-37, 39, 42 ; — romains, 35, 37, 38, 42, 48-49 ; — de l'Empire, 53-60.
- Stoïcisme, conception de la justice et de la loi, 123 et suiv. ; — de l'équité, 163 ; — l'esclavage, 136 ; — la famille, 146 ; — Logique, 83 ; — Théorie des choses, 195-196, 198-202, 207, 209-210, 213-214.
- Successions ab intestat, 155-158 ; — testamentaires, 158-161 ; préto-riennes, 157-158.
- Syllogisme, 91, 98, 122.
- Systématisation : chez Aristote, 87 ; — constructions juridiques, 21, 114-115 ; — dans la jurisprudence, 113-117 ; — dans le stoïcisme, 89-90.
- Tables (XII), 9, 78, 79, 146.
- Térence, 29-31, 137, 163, 166.
- Tertullien, 121.
- Testaments, cf. Successions.
- Théâtre, cf. Tragédie et comédie.
- Tragédie, 27-28.
- Tubéron, 48, 110.
- Ulpien, conception de la justice, 123, 125, 128-131, 134-135 ; — droit de famille, 146, 150, 152 ; — esclavage, 136, 140, 142 ; — interprétation, 118, 122 ; — sa méthode, 106, 107-109 ; — Théorie des choses, 204, 207, 210, 215 ; — de l'erreur, 180 ; — du dol, 172.
- Universitates facti, 213-218 ; — juris, 218-220.
- Varron, 51, 95-97, 120 n. 7.
- Vindicatio gregis, 215 ; — in libertatem, 141.
- Zénon, 126, 132.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	1
INTRODUCTION. — Etat du droit et de la jurisprudence dans l'ancien droit	5
§ I. — <i>Le caractère romain.</i> — Vigoureuse personnalité : rudesse ; force de caractère ; individualisme tempéré par une haute conception du devoir ; cependant égoïsme. Esprit positif et pratique. — Impression de force et de grandeur, mais de dureté et d'étroitesse	5
§ II. — <i>L'Esprit de l'Ancien droit.</i> — Reflet du caractère.	
I. Individualisme juridique : laconisme de la loi ; liberté individuelle. La loi : libre expansion de la personnalité. — Réalisation privée du droit	9
II. Etroitesse d'application et impassible rigidité : « <i>summum jus</i> »	10
III. Matérialisme juridique. Considération du côté extérieur des choses ; importance secondaire de l'intention. — Objectivité de l'estimation	11
IV. Précision : actes déterminés. Formalisme : sépare la vie juridique de la vie courante ; gêne. Symbolisme : symboles, gestes. Solennités ; obligatoires	13
V. Simplicité : dans la procédure, les actes juridiques et les rapports de droits	15
§ III. — <i>La jurisprudence ancienne.</i> — Son importance à Rome et dans la vie juridique. — Quelques mots d'histoire	16
I. L'interprétation. Attachement à la lettre : interprétation littérale. — Analyse minutieuse des rapports juridiques : avantage et gêne	17
II. La technique juridique. Son but. — Technique de l'ancienne jurisprudence : terminologie riche et subtile ; les « circuits » : actes dénaturés ou apparents, actes imaginaires. — Absence de construction juridique systématique ; casuistique	20

PREMIERE PARTIE

LA PHILOSOPHIE A ROME

CHAPITRE PREMIER

Les philosophes grecs et les Romains	25
Section I. — Les philosophes grecs à Rome	25
§ I. — <i>La littérature et le théâtre.</i>	

Naissance de la littérature avec Livius Andronicus et Ennius. Livius Andronicus. — Ennius : « Epicharmus », traité de philosophie pythagoricienne, et « Histoire sacrée d'Evhémore ». — Cratès de Mallos : méthode scientifique d'explication	25
<i>Le théâtre. Son rôle dans l'éducation du peuple.</i>	
La tragédie. — Premiers représentants : Livius et Naevius : propagation de la philosophie grecque. — Pacuvius, propagateur de la philosophie. — Accius.	
La comédie. La comédie nouvelle, son esprit. — Plaute : philosophie pratique et de bon sens ; un peu de stoïcisme.	
Terence : philosophie morale, philanthropie, relations entre maîtres et esclaves, parents et enfants	26
§ II. — <i>Les philosophes grecs à Rome</i>	
Le pythagorisme dès Tarquin le Superbe ; Appius Claudius Caecus et le « Carmen de moribus » ; Caton l'Ancien.	
L'Epicurisme : beaucoup d'adeptes surtout à la fin de l'époque républicaine.	
Au moment des conquêtes, affluence des philosophes et savants grecs. Métrodore, professeur des fils de Paul-Émile. — Carnéade et l'ambassade athénienne de 155 : conférences philosophiques ; enseignement néo-académicien, stoïcien et péripatéticien. — Panaetius et le moyen stoïcisme : son influence à Rome. — Blossius de Cumes, maître de Tib. Gracchus. — Le stoïcien Diodote, maître de Cicéron. — Philon de Larisse et Cicéron. — L'académicien Dion. — La bibliothèque philosophique du péripatéticien Apellicon de Téos	31
Section II. — Les Romains et les philosophes grecs hors de Rome	38
De nombreux Romains parcouraient la Grèce. — Séjour dans les écoles d'Athènes ou de Rhodes. — Q. Mucius Scaevola, l'augure, à Athènes. L'épicurien Albucius. — L. Licinius Crassus et les philosophes Charmadas, Clitomaque, Eschine, Mnésarque, Critolaüs et Diodore. Sa discussion sur le rôle de la philosophie dans la formation de l'orateur. — M. Antoine reprend cette discussion avec les mêmes philosophes, admirateur d'Aristote : Q. Caecilius Métellus, élève de Carnéade ; L. Licinius Lucullus, philhellène ; C. Aurelius Cotta ; Marc-Antoine ; Atticus ; Quintus et Lucius, frère et cousin de Cicéron ; P. Pison Calpurnianus ; César ; Pompée ; Cicéron, son séjour à Athènes et à Rhodes ; parfait éclectique ; T. Varron ; le jurisconsulte Servius Sulpicius ; son ardeur pour l'étude de la philosophie ; Brutus	38

CHAPITRE II

Les Romains disciples des Grecs

et les Philosophes Romains

§ I. — <i>Le tempérament romain et la philosophie</i>	
Les Romains pratiques, peu spéculatifs. — La philosophie a pour eux un but pratique ; aussi surtout philosophie morale	46
§ II. — <i>La philosophie romaine sous la République</i>	
Influence prépondérante du stoïcisme, notamment du moyen stoïcisme. Cercle de Scipion Émilien ; entre autres habitués : les jurisconsultes Q. Aelius Tubero, Q. M. Scaevola l'augure, P. Rutilius Rufus, M. Manilius, Q. Mucius Scaevola, P. M. et Sextus Pompeius. — Stoïciens. — Disciples de l'Académie. — Disciples d'Epicure. — Eclectiques. — M. T. Varron, sa science. — Cicéron, vocabulaire philosophique ; ses ouvrages philosophiques ; son éclectisme	48
§ III. — <i>La philosophie romaine sous l'Empire</i>	
Causes de la ferveur pour les études philosophiques. — Cependant	

peu de grands philosophes au commencement de l'Empire : Q.S. Niger. Papirius Fabianus. — Sciences physiques. — Néo-stoïcisme à tendance morale. — Prédication philosophique. — Zèle des philosophes. — Thèmes philosophiques. — Sénèque, son œuvre. — Perse, poète stoïcien. — La direction spirituelle : Epictète. — Prédicateur populaire : Dion Chrysostome. — Marc-Aurèle, l'empereur philosophe. — La société romaine, imbue de stoïcisme...	53
Appendice. — La rhétorique à Rome	61
§ I. — <i>L'idéal de l'orateur</i> S'élargit pour les orateurs philosophes. — Rôle de la philosophie dans la formation de l'orateur. — Connaissances encyclopédiques. — Méthode scientifique d'exposition	61
§ II. — <i>La déclamation sous l'Empire</i> Place de la déclamation et des écoles de rhétorique sous l'Empire ; raisons de leurs succès. Education des Romains, méthode. Thèmes des exercices déclamatoires ; la composition oratoire. — Lieux communs de philosophie et de morale, leur influence sur l'état des esprits	64

DEUXIEME PARTIE

LES INNOVATIONS ET LES AMELIORATIONS DUES A LA JURISPRUDENCE

Introduction	71
Evolution du droit. — Perméabilité du droit romain à l'influence philosophique ; ses raisons : transformations sociales et économiques, développement du commerce et de la finance, changement des mœurs et de l'état des esprits. Souplesse de l'organisme juridique ; le préteur et le droit prétorien, rôle du préteur dans la vie juridique ; les prudents, leurs fonctions, leur personnalité	71
CHAPITRE PREMIER	
Les méthodes philosophique et rhétorique	83
Section I. — La logique	83
§ I. — <i>La logique aristotélicienne</i> Les prédécesseurs d'Aristote : Platon et Socrate, leurs conceptions logiques. — La définition, ses espèces, son but. — Classification des concepts : genre, espèce	84
§ II. — <i>La logique stoïcienne</i> Les parties de la dialectique. — L'étymologie ; formation des mots et des idées ; différentes formations. — Les exprimables ; le genre, l'espèce ; échelle des genres et des espèces. — La division, différentes sortes de divisions. — La définition, ses espèces. — Le raisonnement.	87
§ III. — <i>Cicéron et Varron</i> Influence d'Aristote et des stoïciens sur les ouvrages de Cicéron.	91
I. <i>Les définitions.</i> — Leur rôle. Espèces de définitions. — Règles de la définition ; exemples de définition scientifique : « l'hereditas » et les « gentiles »	92
II. <i>L'étymologie.</i> — Varron, disciple des stoïciens. — Règle de la recherche étymologique. — Différentes formes de dérivation. — La dérivation proprement dite	95

III. <i>Le raisonnement</i> . — Modes de raisonnement. — Le syllogisme hypothétique. — « <i>L'ars perfecta juris civilis</i> »	97
Section II. — <i>La méthode chez les juriconsultes</i>	98
Les juriconsultes adoptent la méthode. — L'œuvre scientifique des premiers prudents : M. Manilius, J. Brutus, P. M. Scaevola. — Début véritable de la jurisprudence scientifique : Q. M. Scaevola ; Servius Sulpicius perfectionne la méthode, opinion de Cicéron. — Les juriconsultes classiques	98
I. <i>Les définitions</i>	
Les recueils de définitions, d'explications de termes et « de ambiguitatibus ». — Les explications de termes et les définitions abondent dans les œuvres des juriconsultes. — Exemples de définitions : le dol ; la tutelle, l'usufruit ; Différentes sortes de définitions : exemples. — Utilité de la définition	101
II. <i>L'étymologie</i>	
Étymologie et définition. — Méthode étymologique des juriconsultes, inspirée de celle des stoïciens ; quelques exemples d'étymologies. — But de l'étymologie ; son importance dans le droit	106
III. <i>Généralisation</i> . — <i>Division</i> . — <i>Classification</i>	
Méthode analytique de l'ancienne jurisprudence et méthode synthétique. — Servius Sulpicius, Labéon, Papinien. — Systématisation ; constitution des genres, division par espèces, exemple : la « manus ». — Constructions juridiques ; leur valeur, opinion de H. Goudy ; exemples de constructions : « Jus » ; « personae » ; les « res » ; sources d'obligations. — Classifications des tutelles et du « Furtum »	111
IV. <i>L'interprétation</i>	
Interprétation grammaticale. — Interprétation logique : comparaison ; recherche de l'esprit de la loi, de l'intention. — Application extensive ou restrictive : interprétation par analogie. Le raisonnement	117

CHAPITRE II

La conception de la loi et son influence sur le droit	123
Section I. — <i>La Justice. Le Droit. La Loi</i>	123
Le problème du droit et la conception de la justice. — Définition d'Ulpien. Les sources grecques et cicéronniennes. La justice est une vertu : « habitus » et « voluntas ». — Elle est connaissance. — Elle est la mise en œuvre de cette connaissance. — Le droit est la réalisation de la vertu de justice. — La justice et « l'honnêteté », « alterum non laedere » et ses conséquences. — Les trois domaines du « jus », « jus naturale », « jus gentium », « jus civile ». — Distinction du « jus naturel » et « jus gentium ». — Notion du « jus commun » à tout le genre humain ; sources philosophiques ; développements jurisprudentiels. — La loi positive, définitions de Marcien et de Papinien	123
Section II. — <i>Modifications apportées à certaines situations juridiques</i> ..	135
§ I. — <i>L'esclavage et la libertinité</i>	
Liberté et droit naturel. — Influence de la philosophie et du théâtre. Protection des esclaves. — Surveillance de la « dominica potestas ». L'esclave devant les tribunaux. — Personnalité juridique : contrats, « contubernium », comparution en justice, pécule. — Faveur pour la liberté ; facilité d'affranchissements ; protection des fideicommissaires de liberté. — Protection des affranchis, reconnaissance d'une large personnalité aux affranchis	136

§ II. — *La famille*

Principes du « jus naturale ». — Souvent les mœurs suppléent au silence de la loi. — Reconnaissance des obligations à la charge du « paterfamilias ». — Le « jus vitae necisque », limité. — Droit de correction. — Droit de vente. — L'exposition des enfants. — Obligations alimentaires. — Obligations matrimoniales des parents. — Reconnaissance en certains cas de la personnalité des enfants. — Intérêt moral des enfants. — « Pietas patris », son fondement naturel, ses devoirs. — Conception du mariage, opinions de la jurisprudence 146

§ III. — *Le droit des successions*

La succession a son fondement dans la « naturalis ratio ». — Reconnaissance de la famille maternelle et de la famille naturelle. — Corrections prétorienes. — Extensions jurisprudentielles. — Droit impérial. Réglementation du droit testamentaire : de forme ; « l'officium pietatis »... 155

CHAPITRE III

L'équité 162

Section I. — *Conception de l'équité* 162

Étymologie de « aequitas ». — Évolution du sens. — « Aequitas » et « Justitia ». — « Aequitas » et « jus naturale ». — « Jus » et « aequitas ». — Définition de Celse et son empreinte philosophique. — « L'aequitas » tempère le « jus ». — L'équité comme l'ἐπιεικὴς est aussi une justice en dehors de la loi civile. — « L'aequitas » s'oppose au « jus » comme l'esprit à la lettre ; justice relative par rapport à la justice absolue. — « L'aequitas » assure une parfaite proportionnalité. Conséquences : la bonne foi ; l'intention. — « Aequitas », principe unique ; opinion de Krueger 162

Section II. — *Applications juridiques de la notion d'équité*

Influence philosophique et évolution 174

§ I. — *La procédure*

Rôle du préteur. — « Judicia bonae fidei ». — Actions prétorienes « in bonum » et « aequum conceptae ». — Les exceptions. — « Exceptio doli generalis ». 175

§ II. — *Les obligations*

I. Appréciation de la responsabilité dans les obligations contractuelles 178

La lettre et l'intention dans les obligations. — Avantages et inconvénients de la stipulation. — Contrats consensuels, leur source. — L'erreur sur la substance. — La notion de faute est la mesure de la responsabilité. — La volonté, source de la responsabilité. — Innovations de l'école servienne. — Conception de la faute. — La « mora » et l'élément intentionnel. — « Mora creditoris ». — Appréciation plus large de la responsabilité provenant de l'impossibilité d'exécution. Degrés de faute. — Les obligations de droit strict et la théorie de la faute. — Les cas fortuits et la force majeure ; Absence de théorie générale, mais conceptions claires. — Quelques cas d'applications de la théorie des risques 178

II. La responsabilité délictuelle.

Distinction d'Aristote : délits et maladroites. — Causalité interne de la culpabilité. — Exemple : la notion d'injure. — L'intention dans les dommages indirects. — Sens de « culpa ». — « Culpa » et « casus ». — Acte commandé par la nécessité ; actes du fou et de l'enfant en bas âge 190

CHAPITRE VI

La théorie des choses 195**Section I. — La théorie des choses dans la philosophie antique** 196§ I. — *Essence et existence des choses*

Doctrines aristotélicienne de la chose : éléments constitutifs de l'Être ; matière et forme. — La physique stoïcienne : réalité de l'individuel ; principe actif et principe passif ; trois espèces de corps. 196

§ II. — *Contenu et limites des choses*

Pour Aristote les limites du concept sont celles de l'objet : les accessoires, la plante. — Pour les stoïciens les limites de l'objet sont celles de la matière. 199

§ III. — *Changements des choses*

Espèces de changements. — Changement qualitatif. — Théorie des mélanges. 200

Section II. — La théorie des choses et ses applications dans la jurisprudence

La division des choses de Pomponius : leçon stoïcienne avec des correctifs péripatéticiens. — Changement et continuité : texte d'Alfénus. — Théorie de l'accession. — L'alluvion. — L'avulsion. — La plantation. — La construction. — Importance accordée à la « species » aristotélicienne par la jurisprudence : exemples à propos d'usufruits. — « Ferruminatio » et « plumbatura ». — La confusion ; controverse. — Spécification ; controverse proculienne et sabinienne, opinion intermédiaire. — Théorie et correction pratiques dans la jurisprudence. — Les « Universitates rerum distantium » : « universitates facti », contenu de la notion : stoïcisme et aristotélisme. — Changements et identité. — La « vindicatio gregis ». Influence de la théorie en matière de legs, de stipulations et de ventes. « L'instrumentum ». — Les « Universitates juris » : le pécule et le patrimoine 202

CONCLUSIONS

La comparaison des écrits des philosophes et des œuvres des jurisconsultes puise sa force probante dans les considérations historiques . 221

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE ... } 223**TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES** 229

